

Verdelingsbeslagen

Verdelingsbeslagen

Een studie naar het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag

Seizure with a View to Division of Co-owned Property

A study into co-owners-seizure and spousal-seizure

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de

Erasmus Universiteit Rotterdam

op gezag van de

rector magnificus

Prof. dr. S.W.J. Lamberts

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

vrijdag 17 april 2009 om 13.30 uur

door

Mark Leonard Tuil

geboren te Hengelo (O)



Promotiecommissie

Promotoren:

Prof. mr. A.I.M. van Mierlo

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

Overige leden:

Prof. mr. W.H. van Boom

Prof. mr. A.W. Jongbloed

Prof. mr. C.J.M. Klaassen

© 2009 M.L. Tuil / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-101-1

NUR 822

www.bju.nl

INHOUDSOPGAVE

Gebruikte afkortingen	15
Inleiding en vraagstelling.....	17
1 Onderzoeksvragen	19
2 Taalgebruik en enige begrippen	20
2.1 Gemeenschapstypen	20
2.2 Aanduiding van de beslagtypen	22
2.3 Geregistreerd partnerschap	22
2.4 Personenvennootschappen.....	23
I. Bevoegdheden en bestuursverdeling	25
1 Inleiding	25
2 Bestuursverdeling	25
2.1 Het bestuur van een goed	26
2.2 Twee grondvormen van de bestuursverdeling	27
2.2.1 Volmacht	28
2.2.2 Machtiging	31
2.3 Bestuursverdeling	36
2.3.1 Rechtskarakter van de bestuursverdeling	36
2.3.2 Drie wijzen van bestuursverdeling	37
2.4 Twee beperkingen aan de bestuursverdeling; doel- en objectgebondenheid	39
2.4.1 Doelgebondenheid.....	39
2.4.2 Doelgebondenheid en de huwelijksgemeenschap	41
2.4.3 Objectgebondenheid.....	43
3 Een uitbreiding van de bestuursverdeling; schulden van de gemeenschap	44
3.1 Het verbinden van de gemeenschappelijke goederen	46
3.1.1 Het rechtskarakter van de bevoegdheid om een goed voor schulden te verbinden	46
3.1.2 Het bestuur van de bevoegdheid om een goed voor schulden te verbinden.....	47
3.2 Het verhaal op de gemeenschappelijke goederen.....	49
3.2.1 Goederen verbonden krachtens volmacht	50
3.2.2 Goederen verbonden krachtens machtiging	51
3.3 Het verbinden van de privégoederen van de deelgenoten	57
3.3.1 Het verbinden van de privégoederen van een deelgenoot voor gemeenschapsschulden die zijn ontstaan op basis van machtiging	57
3.3.2 Het verbinden van de privégoederen van een deelgenoot voor gemeenschapsschulden die zijn ontstaan op basis van volmacht	57
3.4 Verhaal op een privégoed voor een gemeenschapsschuld.....	59

3.4.1	Verhaal op het privégoed van een deelgenoot op grond van een gemeenschapsschuld die is ontstaan op grond van machtiging	60
3.4.2	Verhaal op het privégoed van een deelgenoot op grond van een gemeenschapsschuld die is ontstaan op grond van volmacht	60
4	Afgescheiden vermogen	62
4.1	Onbalans in het afgescheiden vermogen	63
4.2	Afgescheiden vermogen in ruime zin	65
4.2.1	Individuele deelgenoten – gezamenlijke deelgenoten	65
4.2.2	Gezamenlijke deelgenoten – gezamenlijke deelgenoten in hun gemeenschappelijk verband	67
4.2.3	Geen passieve zijde van het vermogen	68
4.3	Afgescheiden verhaalsvermogen	68
4.3.1	Eerste vorm van verhaalsvoorrang	69
4.3.2	Tweede vorm van verhaalsvoorrang	71
5	De gemeenschap als procespartij	74
5.1	Materiële procespartij	75
5.1.1	Actieve zijde	76
5.1.2	Passieve zijde	76
5.2	Het recht om als formele procespartij op te treden	78
5.2.1	Uiteenlopen van de materiële en de formele procespartij	79
5.2.2	Formele procespartij en de gemeenschap	85
5.3	Tussenconclusie	88
5.4	Processuele meerpartijenverhoudingen	88
5.4.1	Vrijwillig strijdgenootschap	89
5.4.2	Gedwongen strijdgenootschap	92
5.4.3	Processueel ondeelbare rechtsverhoudingen en de gemeenschap	94
5.4.4	Exceptio plurium litis consortium en de bestuursverdeling	98
5.4.5	Processuele bevoegdheden van de individuele deelgenoten	99
5.5	De gemeenschap als quasi-rechtssubject?	105
5.5.1	‘Eigen recht’-rechtspraak	106
5.5.2	De naam waaronder de vennootschap onder firma in rechte optreedt	110
5.5.3	Vennootschap onder firma als procespartij	113
5.5.4	Conclusie	115
6	Conclusies	115
II.	Verdeling van de gemeenschap	119
1	Inleiding	119
2	Wat is verdeling?	119
2.1	Beëindiging van de gemeenschap	119
2.1.1	Overgang	120
2.1.2	Overeenkomst van toedeling	120

2.1.3	Levering	122
2.1.4	Overeenkomsten die aan de overeenkomst van toedeling voorafgaan	123
2.1.5	Taalgebruik.....	124
2.2	Wanneer is sprake van een verdeling?	124
2.2.1	Wat is het belang van de definitie van verdeling?.....	126
2.2.2	Objectieve eisen aan de verdeling	129
2.2.3	Subjectieve eisen aan de verdeling.....	130
2.3	Het rechtskarakter van de verdeling	131
2.3.1	Standpunten in de literatuur	131
2.3.2	Verdeling onder het oude recht	138
2.3.3	Wettekst en parlementaire geschiedenis.....	139
2.3.4	Eigen opvatting	142
2.4	Beschikkingsbevoegdheid bij levering op grond van verdeling	148
2.5	Wie kunnen verdeling afdwingen?.....	152
2.6	Wie moeten meewerken aan de verdeling?	153
2.7	De vorm van de verdelingsovereenkomst	154
2.8	De inhoud van de verdelingsovereenkomst.....	155
3	Onverdeeldbare gemeenschappen	156
3.1	Een rechtsbetrekking staat aan verdeling in de weg.....	156
3.2	Aard van de gemeenschap staat verdeling in de weg	157
3.3	Contractuele uitsluiting vordering tot verdeling.....	158
3.4	Rechterlijke uitsluiting van de vordering tot verdeling	160
3.4.1	Wanneer kan de vordering tot verdeling worden uitgesloten?	160
3.4.2	Rechtsgevolg van de uitsluiting	162
3.4.3	Derdenwerking?	162
3.4.4	Positie beperkt gerechtigde	163
3.4.5	Processuele aspecten	163
3.5	Redelijkheid en billijkheid verzetten zich tegen de verdeling.....	164
4	Verdeling door tussenkomst van de rechter	165
4.1	Verdeling vorderen (bevel tot verdeling)	166
4.1.1	Wat houdt de vordering in?	166
4.1.2	Wie kunnen verdeling van de gemeenschap vorderen?.....	166
4.1.3	Tegen wie wordt de vordering tot verdeling ingesteld?	166
4.1.4	Wat is het gevolg van toewijzing van de vordering?.....	167
4.2	Onzijdig persoon	168
4.2.1	Benoeming onzijdig persoon.....	168
4.2.2	Optreden onzijdig persoon	169
4.2.3	Toetsing optreden onzijdige persoon.....	171
4.2.4	Goederenrechtelijke effectuering	172
4.3	De beslechting van verdelingsgeschillen (art. 3:185 BW)	173
4.3.1	Waarderingsgeschillen	174
4.3.2	Gelasten van de wijze van verdeling	179

VERDELINGSBESLAGEN

4.3.3	Vaststelling van de verdeling	183
4.3.4	Welke norm past de rechter toe?	184
4.3.5	Vrijheid van de rechter	187
4.3.6	Toepassing van deze norm	188
4.3.7	Subsidiariteit van een verdelingsvordering ex art. 3:185 BW	191
4.3.8	Gedwongen strijdgenootschap	193
4.4	Verweren	194
4.4.1	Informele vereffening	194
4.4.2	Gedwongen schuldverrekening	195
4.4.3	Verzet tegen een partiële verdeling	196
4.5	Goederenrechtelijke effectuering	199
4.5.1	Levering van roerende zaken die geen registergoederen zijn	200
4.5.2	Levering van registergoederen	201
4.5.3	Levering van vorderingen op naam	201
4.5.4	Procedure	202
4.6	Welke procedure moet worden gevolgd?	203
4.7	Bevoegde rechter	205
4.7.1	Absolute competentie	205
4.7.2	Relatieve competentie	205
4.7.3	Sectorcompetentie	206
4.8	Arbitrage of bindend advies mogelijk?	206
4.9	Ook in kort geding?	207
4.9.1	Welke vorderingen in kort geding?	208
4.9.2	Partiële verdeling	208
4.9.3	Bestuursregeling als alternatief	209
5	Conclusie	210
III.	Het stelsel van conservatoire maatregelen	213
1	Inleiding	213
2	Bevoegdheidsverdeling en conservatoire maatregelen	213
3	Verzegeling	215
3.1	Doel van de verzegeling	216
3.2	Rechtsgevolgen van de verzegeling	217
3.3	Welke goederen kunnen worden verzegeld?	217
3.4	Welke gemeenschappen kunnen worden verzegeld?	217
3.5	Wie kunnen verzegeling verzoeken?	221
4	Boedelbeschrijving	227
4.1	Doel	227
4.2	Rechtsgevolgen	227
4.3	Welke goederen?	229
4.4	Welke gemeenschappen?	230
4.5	Wie kan een boedelbeschrijving uitlokken?	230
5	Gerechtelijke bewaring	231
5.1	Doel	231
5.2	Rechtsgevolgen	232

5.3	Welke goederen?	234
5.4	Welke gemeenschappen?	234
5.5	Wie kan gerechtelijke bewaring uitlokken?	234
6	Bewind	235
6.1	Doel	235
6.2	Rechtsgevolgen	236
6.3	Welke goederen?	239
6.4	Welke gemeenschappen?	239
6.5	Wie kunnen een bewind uitlokken?	240
7	Verdelingsbeslagen	240
7.1	Maritaal beslag	240
7.2	Deelgenotenbeslag	243
8	Conclusies	245
IV.	Het beslagobject	249
1	Inleiding	249
2	Deelgenotenbeslag	249
2.1	Toelichting bij art. 733 Rv	249
2.2	Twee tegengestelde opvattingen	250
2.3	Argumenten	251
2.4	Eigen opvatting	252
3	Maritaal beslag	253
3.1	Verknochte goederen	254
3.1.1	Het goed valt buiten de gemeenschap	256
3.1.2	Het goed is in economische zin gemeenschappelijk	256
3.1.3	Het goed is in goederenrechtelijke zin gemeenschappelijk	258
3.1.4	Het goed moet op grond van verknochtheid worden toegedeeld	258
3.1.5	Het goed moet op een andere grond dan verknochtheid worden toegedeeld	258
3.2	Eenvoudige gemeenschap tussen de echtgenoten	259
3.3	Goederen waarvan de status is betwist	261
3.3.1	Eenvoudige betwiste goederen	261
3.3.2	Ongewis verknochte goederen	262
4	Ruimere beslagmogelijkheden?	263
4.1	Van beslag uitgesloten goederen	264
4.1.1	Ratio voor de onvatbaar voor verhaalsbeslag	264
4.1.2	Betekenis voor verdelingsbeslagen	266
4.2	Goederen waarvan de wijze van beslaglegging niet is geregeld	270
4.3	Beslag op kredietruimte	271
4.3.1	Kredietruimte als beslagobject	272
4.3.2	Toepassing op de verdelingsbeslagen	276
5	Conclusie	279

VERDELINGSBESLAGEN

V. De beslaglegger.....	281
1 Inleiding	281
2 Analoge toepassing van conservatie- en executiemiddelen.....	281
2.1 Ubi ius, ibi remedium.....	281
2.2 Het gesloten stelsel van conservatie- en executierecht.....	282
2.3 Toepassing van deze beginselen.....	284
3 Deelgenotenbeslag	286
3.1 Het recht om verdeling te vorderen	286
3.2 Toekomstig recht om verdeling te vorderen; anticiperend deelgenotenbeslag	287
3.2.1 Reële behoefte?	289
3.2.2 Stelsel van de wet?	289
3.2.3 Bezwaren?	292
3.2.4 Conclusie	295
3.3 Rechtsopvolging.....	295
3.4 Conclusie	296
4 Maritaal beslag	296
4.1 Echtgenoten	297
4.2 Gewezen echtgenoten.....	297
4.3 Non-existente huwelijken en ‘nietige’ huwelijken	299
4.3.1 Onderscheid.....	299
4.3.2 Non-existente huwelijken.....	300
4.3.3 Nietigverklaring van een huwelijk	302
4.3.4 Conclusie	304
4.4 Rechtsopvolging onder algemene titel	304
4.4.1 Reële behoefte	304
4.4.2 Past het beslag in het stelsel van de wet?	305
4.4.3 Andere bezwaren.....	306
4.4.4 Conclusie	310
4.5 Rechtsopvolging onder bijzondere titel.....	310
4.6 Ongehuwd samenwonenden.....	312
4.6.1 Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en family life.....	313
4.6.2 Het recht op daadwerkelijke executie van een rechterlijke uitspraak en het recht op bescherming van het recht op het ongestoorte genot van eigendom.....	313
4.6.3 Het recht op gelijke behandeling.....	316
4.7 Conclusie	323
VI. De beslagene en de overige deelgenoten	325
1 Inleiding	325
2 Terminologie en belang.....	326
2.1 Terminologie	326
2.2 Belang	327
3 Verhaalsbeslag bij de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap	328

3.1	Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven	328
3.2	Het systeem van het beslagrecht	330
3.2.1	De dubbelrol van de geëxecuteerde/beslagene	330
3.2.2	De hoofdrol van de geëxecuteerde/beslagene	331
3.3	Argumenten voor afwijking	333
3.3.1	De relatie tussen de vrouw en de bank; het specifieke karakter van het derdenbeslag	333
3.4	De positie van de echtgenoot-niet-geëxecuteerde	337
3.4.1	Mag de echtgenoot-niet-geëxecuteerde zich tegen de executie van een gemeenschapsgoed verzetten?	337
3.4.2	Hoe komt de echtgenoot-niet-geëxecuteerde op de hoogte van de op handen zijnde executie?	339
3.5	Onder welke echtgenoot moet beslag worden gelegd?	343
3.5.1	Wanneer kan derdenbeslag worden gelegd?	343
3.5.2	De gevolgen van de keuzevrijheid van de beslaglegger	345
4	Verhaalsbeslag bij personenvennootschap	346
4.1	Wie is de geëxecuteerde/beslagene?	346
4.2	Wat is de positie van de overige deelgenoten?	347
4.3	Onder wie moet beslag worden gelegd?	347
5	Deelgenotenbeslag	347
5.1	Welke deelgenoot geldt als beslagene?	347
5.2	De positie van de deelgenoten die niet als beslagene gelden	348
5.3	Onder welke deelgenoten moet beslag worden gelegd?	349
5.3.1	Onder welke deelgenoot kan beslag worden gelegd?	350
5.3.2	De keuzevrijheid van de beslaglegger	350
6	Maritaal beslag	352
6.1	Welke deelgenoot is beslagene?	352
6.2	De positie van de overige deelgenoten	353
6.3	Onder wie moet beslag worden gelegd?	353
7	Conclusie	353
VII.	Het beslagrekest	355
1	Inleiding	355
2	De inhoud van het beslagrekest	355
2.1	Algemene eisen aan een beslagrekest	356
2.1.1	Eisen die uit art. 278 Rv voortvloeien	356
2.1.2	Eisen die uit art. 700 Rv voortvloeien	357
2.2	Bijzondere eisen voor het deelgenotenbeslag	358
2.3	Bijzondere eisen voor het maritale beslag	359
2.3.1	Vrees voor verduistering	359
2.4	Gebrekkige verzoekschriften	367
3	Bevoegde rechter	368
3.1	Deelgenotenbeslag	368
3.2	Maritaal beslag	369

VERDELINGSBESLAGEN

3.2.1	Verlof na hoger beroep of in het geval een buitenlandse rechter over de hoofdzaak oordeelt	370
3.2.2	Woonplaats van de echtgenoot die de echtelijke woning tijdelijk heeft verlaten	372
3.3	Onbevoegde rechter	372
4	Behandeling van het beslagrekest	373
5	Rechtsmiddelen	374
6	Conclusie	375
VIII. De eis in de hoofdzaak		377
1	Inleiding	377
2	Eis in de hoofdzaak volgens art. 700 lid 3 Rv	377
2.2	Conclusies ten aanzien van het begrip ‘eis in de hoofdzaak’	380
3	De eis in de hoofdzaak bij het deelgenotenbeslag	381
3.1	Welke procedure geldt als eis in de hoofdzaak?	382
3.1.1	HR 24 oktober 1995, NJ 1997, 515; een vingerwijzing	383
3.1.2	Toetsing aan het begrip ‘eis in de hoofdzaak’	384
3.1.3	Tegenargumenten	385
3.2	Deelgenotenbeslag bij de gemeenschap van een personenvennootschap	386
3.3	Posterieur deelgenotenbeslag	388
3.3.1	Deelgenotenbeslag op grond van de eis in de hoofdzaak van een andere bij de verdeling betrokken partij	388
3.3.2	Deelgenotenbeslag nadat de eis tot verdeling is toegewezen	389
4	De eis in de hoofdzaak bij maritaal beslag	390
4.1	De wetgeschiedenis	391
4.2	Het begrip ‘eis in de hoofdzaak’	392
4.3	Posterieur maritaal beslag	393
4.3.1	Maritaal beslag op grond van de eis in de hoofdzaak van de andere echtgenoot	393
4.3.2	Maritaal beslag ná toewijzing van het verzoek	393
5	Conclusie	394
IX. Rechtsgevolgen van het beslag		395
1	Inleiding	395
2	Rechtsgevolgen van een verhaalsbeslag	395
2.1	Het verbod van onttrekking	395
2.1.1	Gesloten begrip ‘onttrekking’; beperkte opvatting in de literatuur	396
2.1.2	Open begrip ‘onttrekking’; ruimere opvatting in de rechtspraak	397
2.1.3	Normaal gebruik	397
2.1.4	Indirecte onttrekking	398
2.1.5	Conclusie	401
2.2	Blokkerende werking van het beslag	401

3	Rechtsgevolgen van een verdelingsbeslag	402
3.1	Niet-toepasselijkheid art. 505 lid 3 Rv	402
3.2	De bevoegdheid van de deelgenoten om een goed te verdelen.....	403
3.3	Beschikkingsbevoegdheid over aandelen.....	404
3.4	Bestuursbevoegdheden ten aanzien van een beslagen goed	405
4	In weerwil van het beslag verrichte handeling en verdeling	407
4.1	Vervreemding wordt getroffen door de blokkerende werking van het beslag.....	407
4.1.1	Het beslagen goed wordt aan de beslaglegger toebedeeld.....	408
4.1.2	Het beslagen goed wordt aan de vervreemdende deelgenoot toebedeeld	408
4.1.3	Het beslagen goed wordt toebedeeld aan een deelgenoot die noch de beslaglegger is, noch de vervreemdende deelgenoot.....	410
4.1.4	Het beslagen goed wordt ten behoeve van de verdeling verkocht	411
4.2	Het goed is definitief aan het beslag onttrokken	411
4.2.1	Schadevergoeding door de vervreemder	412
4.2.2	Inbreng van een gelijksoortig goed of een geldbedrag.....	412
4.2.3	Toedeling van het ontbrekende goed aan de vervreemder	413
4.3	De vordering van de verkrijger	413
4.4	De opbrengst van het ontbrekende goed	415
5	Conclusie	415
X.	Onrechtmatige beslagen.....	417
1	Inleiding	417
2	Onrechtmatige verhaalsbeslagen	417
2.1	Beslag in het perspectief van de onrechtmatige daad	417
2.2	Risicoaansprakelijkheid.....	418
2.2.1	Herstel van verzuimde formaliteiten	419
2.3	Schuldaansprakelijkheid.....	421
3	Onrechtmatige verdelingsbeslagen.....	422
3.1	Risicoaansprakelijkheid voor een onterecht gelegd verdelingsbeslag.....	422
3.1.1	Deelgenotenbeslag	423
3.1.2	Maritaal beslag	423
3.2	Schuldaansprakelijkheid voor een verdelingsbeslag	426
4	Conclusie	427
XI.	Einde van het beslag	429
1	Inleiding	429
2	Tussentijdse opheffing	429
2.1	Welke rechter?.....	429
2.2	Spoedeisend belang	431
2.3	Opheffingsgronden.....	432

VERDELINGSBESLAGEN

2.4	Welke beslissingen?	433
2.5	Vernietiging van het opheffingsvonnis in hoger beroep	434
3	Samenloop tussen twee verdelingsbeslagen	435
4	Samenloop van een verdelingsbeslag met een ander beslag	435
4.1	Processuele invulling	436
4.2	Primaat van het materiële recht	437
4.3	Sterkste recht	437
4.3.1	Recht op levering krachtens de verdeling versus andere rechten op een gemeenschapsgoed	438
4.3.2	Recht op levering krachtens de verdeling versus rechten op een aandeel in een goed	440
4.3.3	De overbedelingsvordering versus rechten op een gemeenschapsgoed of een aandeel daarin	443
4.4	Nadere uitwerking van de botsing van verhaals- en verdelingsbeslag	444
5	Samenloop tussen een verdelingsbeslag en een faillissement	445
6	Reguliere afwikkeling van het beslag	446
6.1	Verval van het beslag als gevolg van de verdeling	447
6.2	Vernietiging of terzijdestelling van een verdelingsuitspraak	448
6.3	Afwikkeling van een deelgenotenbeslag dat is gelegd door een privéschuldeiser	449
7	Conclusie	450
	Conclusies en samenvatting	453
	Summary in English	463
	Curriculum vitae	467
	Trefwoordenregister	469
	Rechtspraakregister	475
	Verkort aangehaalde literatuur	485

GEBRUIKTE AFKORTINGEN

aant.	aantekening
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
BenGH	Benelux-Gerechtshof
Beslagsylla- bus 2008	Beslagsyllabus 2008 < www.rechtspraak.nl >
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland)
bijv.	bijvoorbeeld
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
C.C.	Code Civil (Frankrijk)
D	Digesten
diss.	dissertatie
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Verdrag van 4 november 1950, <i>Tbr.</i> 1951, 154)
Fw	Faillissementswet
Gw	Grondwet
GWB	Gerechtelijk wetboek (België)
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (Verdrag van 16 december 1966, <i>Tbr.</i> 1969, 99)
IW 1990	Invorderingswet 1990
jis.	junctis, dat wil zeggen in verbinding met (meervoud)
jo.	juncto, dat wil zeggen in verbinding met (enkelvoud)
K	Wetboek van Koophandel
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
Ktr.	kantonrechter
LvAnt	lijst van antwoorden
LvVr	lijst van vragen
m.nt.	met noot
MO	mondeling overleg
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile (Frankrijk)
nr.	nummer
NV	Naamloze Vennootschap

VERDELINGSBESLAGEN

NvW	nota van wijziging
OM	Ontwerp-Meijers
P1 EVRM	Eerste Protocol bij het EVRM (Protocol van 4 november 2000, <i>Trb.</i> 2001, 18)
P12 EVRM	Twaalfde protocol bij het EVRM (Protocol van 20 maart 1952, <i>Trb.</i> 1952, 80)
PrV	Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbank sector civiel handel/voorzieningenrechter < www.rechtspraak.nl >
Rb	rechtbank
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Sv	Wetboek van Strafvordering
TM	Toelichting Meijers
Trb.	Tractatenblad
Vgl.	vergelijk
VV	voorlopig verslag
Vzr.	voorzieningenrechter
Wna	Wet op het notarisambt

INLEIDING EN VRAAGSTELLING

1. Het huwelijk van meneer De Vries en mevrouw De Boer is volledig ontspoord. De beide echtgenoten gunnen elkaar het licht niet meer in de ogen. Als mevrouw De Boer aankondigt te willen scheiden, roept meneer De Vries uit dat zij geen cent zal krijgen als ze dat doet. Na een hooglopende ruzie verlaat mevrouw De Boer de echtelijke woning en overnacht in een hotel. Als zij de volgende dag terugkomt, blijkt dat de sloten van het huis zijn vervangen.

Mr. Jansen, Van Dijk en Cornelisse oefenen hun advocatenpraktijk uit in de vorm van een personenvennootschap. Op een gegeven moment ontdekt Van Dijk dat Jansen op apert onjuiste wijze declareert en bovendien gelden van zijn cliënten heeft verduisterd. Van Dijk roept direct een maatschapsvergadering bijeen. Tijdens de tumultueuze vergadering ontkent Jansen alle aantijgingen van Van Dijk. Cornelisse weigert in het geschil tussen Jansen en Van Dijk een standpunt in te nemen. Ten einde raad zegt Van Dijk de personenvennootschap op. De vennootschapsovereenkomst voorziet erin dat de vennootschap thans moet worden vereffend. Als Van Dijk 's avonds naar huis rijdt, bedenkt hij zich dat Jansen beschikt over de sleutels van kantoor en is gemachtigd om over de kantoorrekening te beschikken.

De twee bovenstaande voorbeelden hebben twee dingen met elkaar gemeen. Ten eerste bestaat in beide gevallen een gemeenschap. Ten tweede moet deze gemeenschap in beide gevallen worden verdeeld. In beginsel is het aan partijen om in onderling overleg de gemeenschap zelf te verdelen. In de bovenstaande gevallen is de verhouding tussen partijen echter zo verstoord, dat het goed mogelijk is dat zij zelf niet in staat zullen blijken de gemeenschap te verdelen. Zij hoeven echter geen genoegen te nemen met een patstelling. Zoals art. 1112 BW (oud) het treffend uitdrukt, geldt dat:

‘[n]iemand is genoodzaakt in eenen onverdeelden boedel te blijven.’

Op grond van art. 3:178 lid 1 BW geldt hetzelfde. De wet voorziet in maatregelen die de verdeling van de gemeenschap ook mogelijk maken zonder medewerking van (alle) partijen. Allereerst kunnen partijen verdeling vorderen (art. 3:178 lid 1 BW). De rechter beveelt in dat geval onwillige partijen om voor een nader te noemen notaris in onderhandeling te treden om zo tot een verdeling te komen. Voor het geval partijen niet meewerken tot een verdeling, benoemt de rechter voor ieder van hen een onzijdige persoon (art. 3:181 BW). Mocht dat onvoldoende soelaas bieden, dan gelast de rechter op vordering van de meest gerede partij de wijze van verdeling of stelt hij zelf de verdeling vast (art. 3:185 BW).

Deze maatregelen garanderen echter niet dat op het moment van de verdeling alle gemeenschapsgoederen nog aanwezig zijn. Totdat door levering op de voet

van art. 3:186 BW de verkrijgende deelgenoot enig rechthebbende van de goederen is geworden, kunnen de deelgenoten hun bevoegdheden of hun feitelijke macht ten aanzien van de gemeenschapsgoederen gebruiken om de goederen aan de gemeenschap te onttrekken. In de bovenstaande casus bestaat voor mevrouw De Boer en mr. Van Dijk voldoende aanleiding om niet op de goede wil van de ander te vertrouwen. Voor hen heeft het zin om zich te wapenen tegen handelingen van de andere partijen, die ertoe zouden kunnen leiden dat niet alle tot de gemeenschap behorende goederen bij de verdeling beschikbaar zijn. Het vervangen van de sleutels doet vermoeden dat meneer De Vries van plan is om zijn dreigement waar te maken. Als mr. Jansen er geen been in ziet om de gelden van zijn cliënten te verduisteren, is het niet onwaarschijnlijk dat hij hetzelfde zal doen met de gemeenschapsgoederen.

Om te waarborgen dat de gemeenschapsgoederen voor de verdeling behouden blijven, kent de wet naast enkele andere conservatoire maatregelen een tweetal bijzondere beslagen. Dit zijn het in art. 733 Rv geregelde *deelgenotenbeslag* en het in art. 768 e.v. Rv geregelde *maritaal beslag*. Deze twee beslagen zal ik aanduiden als *verdelingsbeslagen*. Deze verdelingsbeslagen vormen het onderwerp van dit proefschrift.

Beide verdelingsbeslagen worden in de literatuur goeddeels stiefmoederlijk behandeld.¹ Dit heeft twee oorzaken: ten eerste kan het beslagrecht binnen de rechtswetenschap niet op overmatige belangstelling rekenen, al lijkt hier de laat-

¹ Een snelle inventarisatie van *the usual suspects* levert geen rijke oogst op. Het maritaal beslag moet het bij Van Mourik & Verstappen 2006 doen met p. 183-185, Luijten & Meijer 2005 laten het bij nr. 303, De Boer 2002 beperkt zich tot enkele verspreide opmerkingen in nr. 353 en 358. Het beeld in de procesrechtelijke literatuur is niet veel beter. Jongbloed 2008 laat het bij p. 124-125. Snijders, Klaassen & Meijer 2007 wijden in nr. 448 een elftal regels aan het maritaal beslag. Heemskerk 2006 doet het af in nr. 255, Rueb 2005 besteedt p. 387-388 aan het onderwerp. Oudelaar 2003 volstaat met p. 111-112. Stein 2002 beperkt zich tot par. 49. Opvallende uitzondering is de vanwege de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht uitgegeven Rotterdamse doctoraalscriptie van Van der Lee 1997. Zoekt men een proefschrift over het onderwerp, dan moet men terug tot Hugenholtz 1937.

Het deelgenotenbeslag komt er niet minder bekaaid vanaf. Jongbloed 2008 beperkt zich tot p. 120. Snijders, Klaassen & Meijer 2007 behandelen het onderwerp in het geheel niet. Heemskerk 2006 gunt het in nr. 251 enkele regels. Rueb 2005 laat het op p. 388 bij een achttal regels. Oudelaar 2003 volstaat met p. 107. Stein 2002 behandelt het onderwerp in par. 48 en 84. De schrijvers die de gemeenschap vanuit het materiële recht behandelen, doen het niet beter. Perrick 2007 houdt het bij nr. 43 en 65 en enkele opmerkingen in nr. 57 en 82, De Boer 2002 volstaat met enkele opmerkingen in nr. 353 en 358, Van Mourik & Verstappen 2006 beperken zich tot een twaalfal regels op p. 185, terwijl Van Mourik 2006a het beslag helemaal buiten beschouwing laat. Hetzelfde geldt voor Maeijer 1995.

ste jaren een kleine kentering te bespeuren.² Ten tweede bevinden beide beslagen zich thematisch op het snijvlak tussen verschillende specialismen, namelijk het (huwelijks)gemeenschapsrecht en het beslagrecht. Juristen die zijn gespecialiseerd in het huwelijksvermogensrecht, rekenen normaliter niet ook het beslagrecht tot hun specialisme. Iets dergelijks geldt, wellicht in mindere mate, ook voor de juristen die zich bezighouden met het recht dat van toepassing is op een andere gemeenschap dan een huwelijksgemeenschap. *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor de beslagrechtjuristen en het (huwelijks)gemeenschapsrecht.

1 Onderzoeksvragen

2. In dit proefschrift onderzoek ik de werking van de verdelingsbeslagen. Ik doe dit aan de hand van een negental onderzoeksvragen, te weten:

1. Hoe passen de beide verdelingsbeslagen in het stelsel van conservatoire maatregelen, dat bestaat in het kader van (de verdeling van) de gemeenschap?
2. Welke goederen zijn vatbaar voor verdelingsbeslag?
3. Door welke personen kan onder welke omstandigheden een verdelingsbeslag worden gelegd?
4. Wie geldt bij een verdelingsbeslag als beslagene en wat is de positie van deelgenoten die noch als beslaglegger, noch als beslagene worden aangemerkt?
5. Hoe verloopt de procedure tot het verkrijgen van een beslagverlof?
6. Welke procedure geldt als eis in de hoofdzaak?
7. Wat zijn de rechtsgevolgen van een verdelingsbeslag?
8. Wanneer is een verdelingsbeslag onrechtmatig?
9. Hoe eindigt een verdelingsbeslag?

Deze onderzoeksvragen komen aan de orde in de hoofdstukken III tot en met XI. Bij de beantwoording van deze vragen moet ook de materieelrechtelijke context van een verdelingsbeslag onder ogen worden gezien. Deze materieelrechtelijke context bestaat uit twee componenten: enerzijds de bevoegdheidsverdeling tussen de deelgenoten, anderzijds de verdeling van de gemeenschap. De bevoegdheidsverdeling tussen de deelgenoten is niet alleen van belang omdat de verdelingsbeslagen de bevoegdheden van de deelgenoten inperken, maar ook omdat de bevoegdheidsverdeling tussen de deelgenoten op tal van punten de processue-

² Zo zijn in relatief korte tijd drie proefschriften over dit onderwerp verschenen, te weten Broekveldt 2003, Harreman 2007 en Van Daal 2008.

le positie van de deelgenoten bepaalt. De verdeling van een gemeenschap is van belang, omdat door de verdeling de rechten die het deelgenotenbeslag probeert te waarborgen, moeten worden geëffectueerd. De bevoegdheden van de deelgenoten en de verdeling van de gemeenschap komen in de hoofdstukken I en II aan de orde.

2 Taalgebruik en enige begrippen

2.1 Gemeenschapstypen

3. Van gemeenschap is sprake als, vrij naar art. 3:166 lid 1 BW, ten minste één goed aan ten minste twee personen (deelgenoten) toebehoort. Hoewel de wet pretendeert met titel 3.7 BW (art. 3:166 e.v.) een algemene regeling voor de gemeenschap te kennen, is bij nadere beschouwing sprake van drie hoofdvormen van gemeenschap: de *bijzondere gemeenschap*, de *eenvoudige gemeenschap* en de *liquidatiegemeenschap*. Daarnaast kan de *overgangsgemeenschap* als bijzondere vorm van de eenvoudige gemeenschap worden onderscheiden.

Art. 3:189 lid 1 BW somt de *bijzondere gemeenschappen* op. Dit zijn de huwelijks- en partnerschapsgemeenschap, de gemeenschap van een personenvennootschap, de gemeenschap van een rederij en de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw. Deze gemeenschappen hebben met elkaar gemeen dat zij niet voor verdeling vatbaar zijn zolang de rechtsverhouding waaraan zij dienstbaar zijn, bijvoorbeeld het huwelijk, voortduurt. Verder is op al deze gemeenschappen titel 3.7 BW niet van toepassing, maar worden deze gemeenschappen geregeerd door bijzondere wettelijke regelingen.

Naast de bijzondere gemeenschappen kent de wet de zogenoemde *eenvoudige gemeenschap*. Op deze gemeenschapsvorm is de eerste afdeling van titel 3.7 BW van toepassing. Een eenvoudige gemeenschap kan in een groot scala van gevallen ontstaan. Gedacht kan worden aan de gemeenschap die bestaat tussen ongehuwd samenwonenden, maar ook aan de gemeenschap die ontstaat tussen de vinder van een schat en de eigenaar van de onroerende zaak waarin die schat is gevonden (art. 5:13 BW).³ In sommige gevallen zijn nog bijzondere wettelijke regelingen van toepassing op de eenvoudige gemeenschap. Zo bepaalt art. 5:63 lid 2 BW dat de vordering tot verdeling van een mandelige zaak is uitgesloten.

Tussen de bijzondere gemeenschap en de eenvoudige gemeenschap staat de *liquidatiegemeenschap*. Art. 3:189 lid 2 BW somt de liquidatiegemeenschappen op. Het artikel noemt naast de gemeenschap van een nalatenschap de hierboven

³ Zie voor een overzicht van de wijzen waarop een gemeenschap kan ontstaan, Wammes 1988, p. 13-36.

genoemde bijzondere gemeenschappen die vatbaar zijn geworden voor verdeling door het eindigen van de rechtsverhouding waaraan deze gemeenschappen dienstbaar zijn. Op de liquidatiegemeenschappen is niet alleen de eerste afdeling van titel 3.7 BW van toepassing, maar gezien het bijzondere karakter van deze gemeenschappen óók de tweede afdeling van deze titel (art. 3:189 lid 2 BW). De regeling van de verschillende liquidatiegemeenschappen wordt verder ingevuld door bijzondere wettelijke regelingen. Zo zijn op de ontbonden huwelijksgemeenschap óók art. 1:99 e.v. BW van toepassing en wordt de gemeenschap van een nalatenschap nader geregeld door de bepalingen van het erfrecht, zoals bijvoorbeeld art. 4:227-233 BW. Na de inwerkingtreding van het nieuwe personenvennootschapsrecht vormt de gemeenschap van een ontbonden personenvennootschap een bijzondere liquidatiegemeenschap. Hoewel het hier functioneel gaat om een liquidatiegemeenschap, is op deze gemeenschap titel 3.7 BW in het geheel niet van toepassing (art. 7:825 lid 4 BW). Dit houdt verband met de bijzondere regeling die voor deze gemeenschappen in titel 7.13 BW (Venootschap) is voorzien. Deze regeling komt op hoofdlijnen overeen met de regeling van titel 3.7 BW.

Van een eenvoudige gemeenschap is in zeer uiteenlopende gevallen sprake. De regeling van de eenvoudige gemeenschap heeft dan ook noodzakelijkerwijze het karakter van een kameleon. De regeling past zich telkens aan de specifieke gemeenschap aan. Dit schept ruimte voor een vierde gemeenschapstype, de *overgangsgemeenschap*. Een overgangsgemeenschap is een gemeenschap die juridisch moet worden geduid als een eenvoudige gemeenschap, maar die sterke overeenkomsten vertoont met een bijzondere gemeenschap. Denk bijvoorbeeld aan de gemeenschap die bestaat tussen ongehuwd samenwonenden. Dat tussen gehuwd en ongehuwd samenwonenden enige overeenkomsten bestaan, zal niemand ontkennen. De regeling van de eenvoudige gemeenschap biedt de ruimte om deze overeenkomsten ook te laten doorwerken in de gemeenschap die tussen ongehuwd samenwonenden bestaat. Voor het archetype van de eenvoudige gemeenschap geldt dat de deelgenoten over hun aandeel in een gemeenschappelijk goed kunnen beschikken (art. 3:175 lid 1 BW) en te allen tijde verdeling van de gemeenschap kunnen vorderen (art. 3:178 lid 1 BW). Voor de huwelijksgemeenschap geldt het omgekeerde. De echtgenoten kunnen niet over hun aandeel in de goederen van de gemeenschap beschikken, noch verdeling van de gemeenschap vorderen, voordat het huwelijk is geëindigd.⁴ Voor de gemeenschap die tussen ongehuwd samenwonenden bestaat, geldt hetzelfde. Zolang de relatie tussen de samenwoners niet is geëindigd, vloeit uit hun onderlinge rechtsverhouding voort dat zij niet over hun aandeel in een gemeenschappelijk goed kunnen beschikken (art. 3:175 BW). Uit de aard van de gemeenschap vloeit voort dat zij

⁴ De Boer 2002, nr. 295 en 296.

geen verdeling kunnen vorderen voordat aan hun relatie een einde is gekomen (art. 3:178 lid 1 BW).

2.2 *Aanduiding van de beslagtypen*

4. Zoals ik hierboven al aangaf, gebruik ik voor het beslag van art. 733 Rv de naam *deelgenotenbeslag*. Ik ontleen die term aan Mijnsen⁵ en Stein.⁶ Opgemerkt zij dat de term de onjuiste indruk zou kunnen wekken dat het beslag alleen door deelgenoten kan worden gelegd. Uit art. 733 Rv jis. art. 3:178 en 180 BW moge blijken dat deze indruk onjuist is. Het beslag van art. 768 e.v. Rv duid ik aan als maritaal beslag, aangezien het onder deze naam de meeste bekendheid geniet. Ik teken aan dat het maritaal beslag in de literatuur en rechtspraak ook wordt aangeduid als echtgenotenbeslag of matrimoniaal beslag.⁷ Het maritaal beslag en het deelgenotenbeslag duid ik tezamen aan als de verdelingsbeslagen. Daarbij moet worden opgemerkt dat deze term in de literatuur soms wordt gebruikt voor het deelgenotenbeslag afzonderlijk.⁸

2.3 *Geregistreerd partnerschap*

5. Zowel de huwelijksgemeenschap als de gemeenschap van een geregistreerd partnerschap zijn voor dit proefschrift van belang. Zo kan bijvoorbeeld blijkens art. 768 Rv op de goederen van beide gemeenschappen maritaal beslag worden gelegd. Tussen beide gemeenschappen bestaan echter voor het onderwerp van dit proefschrift niet of nauwelijks relevante verschillen (vgl. art. 1:80b en 4:8 BW). Vandaar dat ik om redenen van leesbaarheid hierna uitsluitend zal spreken over de huwelijksgemeenschap en (gewezen) echtgenoten. Overal waar ik dat doe, kan ook worden gelezen: ‘de gemeenschap van een geregistreerd partnerschap en (gewezen) geregistreerde partners’, tenzij ik in de tekst anders aangeef. Voor de ontbinding van een geregistreerd partnerschap geldt hetzelfde. Overal waar ik over echtscheiding spreek, kan ook ‘ontbinding van het geregistreerd partnerschap’ worden gelezen. De ‘beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden’ behandel ik niet, daar ik ervan uitga dat in deze situatie geen verdelingsbeslag nodig is.

⁵ Mijnsen & De Haan 2001, nr. 465.

⁶ Stein 2002, § 48.

⁷ De Boer 2002, nr. 354 en Hof 's-Gravenhage 22 december 1971, *NJ* 1972, 238, m.nt. D.J. Veegens, Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 21 september 1972, *NJ* 1973, 72, Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 1 juli 1974, *NJ* 1974, 537 en HR 25 juni 1976, *NJ* 1977, 127 (*Concordiastraat 15*).

⁸ Rueb 2005, p. 388.

2.4 *Personenvennootschappen*

6. Het personenvennootschapsrecht is aan verandering onderhevig. Op 24 december 2002 is het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek⁹ bij de Tweede Kamer ingediend.¹⁰ Dit wetsvoorstel is ondertussen door de Tweede Kamer aangenomen¹¹ en wacht op behandeling in de Eerste Kamer.¹² Het wetsvoorstel voor de invoeringswet wordt nog door de Tweede Kamer behandeld.¹³ In dit proefschrift ga ik ervan uit dat het nieuwe personenvennootschapsrecht reeds geldend recht is. Met dit nieuwe recht verdwijnen de vertrouwde termen ‘maatschap’ en ‘vennootschap onder firma’ uit ons recht. In plaats daarvan komen de termen ‘stille’ en ‘openbare’ (personen)vennootschap. In dit proefschrift gebruik ik zoveel mogelijk de nieuwe terminologie, tenzij ik het ‘oude’ recht behandel. Nieuw in dat verband is dat de openbare personenvennootschap een rechtspersoon kan zijn. In dat geval is uiteraard geen sprake van een gemeenschap van de personenvennootschap. Overal waar ik in dit proefschrift spreek over een personenvennootschap, doel ik op een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.

⁹ *Kamerstukken II* 2002/04, 28 746, nr. A, B en 1-6 en *Kamerstukken I* 2004/05-2005/06, 28 746, nr. A-F.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 1.

¹¹ *Handelingen II* 2004/05, 41, p. 2736.

¹² *Kamerstukken I* 2007/08, 28 746/31 065, nr. F.

¹³ Het wetsvoorstel Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek); *Kamerstukken II* 2006/07-2007/08, 31 065, nr. 1-12; *Kamerstukken I* 2007/08, 28 746/31 065, nr. F.

I. BEVOEGDHEDEN EN BESTUURSVERDELING

1 Inleiding

7. Het doel van dit proefschrift is de beschrijving van de werking van het deelgenotenbeslag en het martiaal beslag. Voordat ik daaraan kan toekomen, moet ik de vraag beantwoorden hoe een verhaalsbeslag op een gemeenschaps-goed kan worden gelegd. Bij deze vraag zijn drie zaken van groot belang. Dit zijn de bestuursverdeling die geldt voor de gemeenschap, het al dan niet afgescheiden zijn van het vermogen van de gemeenschap en de vraag hoe de gemeenschap in rechte kan optreden of in rechte kan worden betrokken.

Deze drie aspecten komen hieronder aan de orde. Allereerst bespreek ik de bestuursverdeling en de daaraan verbonden beperkingen (2). Vervolgens bespreek ik een bijzondere uitbreiding van de bestuursverdeling, de bevoegdheid van de deelgenoten in enkele bijzondere gemeenschappen en liquidatiegemeenschappen om de goederen van de gemeenschap voor bepaalde schulden te verbinden (3). Daarna behandel ik het afgescheiden vermogen (4). Daarna kom ik op het laatste aspect, de gemeenschap als procespartij (5). Ik eindig met enkele conclusies (6).

2 Bestuursverdeling

8. Aan de gerechtigdheid tot een goed zijn bepaalde bevoegdheden verbonden. Zo mag de gerechtigde zijn goed gebruiken, ten aanzien van het goed procederen, het goed vervreemden, het goed aan derden ter beschikking stellen, enzovoort. Behoort een goed aan twee of meer personen toe, dan is de vraag wie van hen de verschillende aan het goed verbonden bevoegdheden mag uitoefenen. Deze vraag wordt beantwoord door de voor de gemeenschap geldende bestuursverdeling. De bestuursverdeling is de regeling die bepaalt welke deelgenoot welke aan een goed verbonden bevoegdheid mag gebruiken. De bestuursverdeling regelt bijvoorbeeld welke deelgenoot een goed mag gebruiken, welke deelgenoot een goed mag vervreemden, enzovoort. De bestuursverdeling verschilt per gemeenschap. Zo geldt binnen de huwelijksgemeenschap de regel dat ieder der echtgenoten een goed mag gebruiken en dat de overige bevoegdheden die aan een goed zijn verbonden, in beginsel toekomen aan de echtgenoot van wiens zijde het goed in de gemeenschap is gevallen (art. 1:90 lid 2 jo. art. 1:97 lid 1 BW). Bij de eenvoudige gemeenschap en de liquidatiegemeenschap geldt dat in beginsel alle deelgenoten zijn gerechtigd tot het gebruik van het goed en dat alle overige bevoegdheden aan de deelgenoten gezamenlijk toekomen (art. 3:169 en 170 jo. art. 3:189 lid 2 BW).

In deze paragraaf wil ik niet alle bestuursverdelingen van alle gemeenschappen bespreken. Dit gaat het bestek van dit proefschrift ver te buiten. In plaats daarvan wil ik proberen enkele lijnen te schetsen aan de hand waarvan de verschil-

lende bestuursverdelingen kunnen worden begrepen. Daartoe behandel ik eerst de omvang van het bestuur van een goed dat slechts aan één rechthebbende toebehoort (2.1). Daarna behandel ik de twee grondvormen van de bestuursverdeling, de volmacht en de machtiging (2.2). Ik zal uiteenzetten hoe de bestuursverdelingen van de verschillende gemeenschappen zijn terug te voeren op deze twee figuren. Hierna kom ik op de bestuursverdeling zelf (2.3). Ik zal bespreken hoe in de wettelijke bestuursverdeling de grondvormen van volmacht en machtiging zijn te herkennen. Bovendien zal ik bespreken dat op basis van volmacht en machtiging kan worden gekomen tot drie wijzen van bestuursverdeling, namelijk de collectieve, cumulatieve en privatieve bestuursverdeling. Tot slot behandel ik de grenzen van de bestuursmacht van de bestuursbevoegde deelgenoot (2.4). Een volmacht of een machtiging geeft de ge(vol)machtigde geen onbeperkte bevoegdheden. Zijn bevoegdheden worden beperkt door de beginselen van doel- en objectgebondenheid. Hetzelfde geldt voor de bestuursverdeling. Ook de bestuursmacht wordt beperkt door de object- en doelgebondenheid van de bestuursverdeling.

2.1 *Het bestuur van een goed*

9. Binnen het begrip bestuur van een goed moet onderscheid worden gemaakt tussen de actieve en de passieve kant van het bestuur. De actieve kant van het bestuur wordt gevormd door de bevoegdheden die de rechthebbende aan zijn positie als rechthebbende van het goed ontleent. De passieve kant wordt gevormd door de verplichtingen die op de rechthebbende rusten op grond van zijn positie als rechthebbende van het goed.

10. De actieve zijde van het bestuur van een goed omvat de bevoegdheid om van de aan een goed verbonden bevoegdheden gebruik te maken. Bij deze bevoegdheden kan onder meer worden gedacht aan de bevoegdheid om een goed te gebruiken, de bevoegdheid om ten aanzien van het goed te procederen, de bevoegdheid om het goed te vervreemden en de bevoegdheid om het goed aan derden ter beschikking te stellen. Deze bevoegdheden kunnen in beginsel uitsluitend door de rechthebbende worden uitgeoefend. Het gebruik van deze bevoegdheden wordt, in navolging van art. 1:90 lid 2 BW, wel het bestuur van een goed genoemd.

11. Het bestuur van een goed is echter niet beperkt tot het uitoefenen van bevoegdheden. Naast een bron van bevoegdheden is een goed voor de rechthebbende ook een bron van verplichtingen. Deze verplichtingen zijn divers van aard. Gedacht kan worden aan de verplichtingen uit het burennrecht. Zo rust op de rechthebbende van een erf de verplichting om geen onrechtmatige hinder te veroorzaken (art. 5:37 BW) en is de rechthebbende gehouden mee te werken aan een behoorlijke erfafscheiding. Daarnaast kan ook worden gedacht aan de ver-

plichtingen die de rechthebbende heeft tegenover de beperkt gerechtigde tot een goed. De rechthebbende is bijvoorbeeld verplicht om degene die een recht van overpad heeft, toegang tot zijn grond te verlenen. Deze verplichtingen hebben met de hierboven genoemde bevoegdheden gemeen dat zij aan het goed zijn verbonden. Dit is ook niet vreemd, deze verplichtingen worden namelijk beschouwd als een nadere uitwerking van het eigendomsrecht.¹⁴ Het feit dat deze bevoegdheden een nadere uitwerking van het eigendomsrecht zijn, betekent dat ook deze verplichtingen onderdeel uitmaken van het begrip ‘bestuur van een goed’.

12. Onder het begrip ‘bestuur van een goed’ vallen niet de verplichtingen die op grond van het verbintenissenrecht op de rechthebbende van een goed komen te rusten. Deze verplichtingen zijn immers niet aan de gerechtigdheid tot een goed verbonden, maar aan een andere hoedanigheid. Veroorzaakt bijvoorbeeld de gerechtigde tot een goed onrechtmatige hinder, dan kan het slachtoffer de gerechtigde tot schadevergoeding aanspreken. Deze schadevergoedingsplicht is niet gekoppeld aan de hoedanigheid van rechthebbende van het goed, maar aan de hoedanigheid van pleger van een onrechtmatige daad. Om deze reden vallen deze verplichtingen onder het bestuur van een goed. Hetzelfde geldt voor de verplichting tot schadevergoeding op grond van risicoaansprakelijkheden van afdeling 2 van titel 6.3 BW, die gelden voor de bezitter of gebruiker van een aantal (gebrekkige) zaken.

2.2 *Twee grondvormen van de bestuursverdeling*

13. Hierboven is het bestuur van een goed dat aan één persoon toebehoort, aan de orde gekomen. Behoort een goed aan twee of meer personen, dan kunnen zij in beginsel alleen gezamenlijk de aan deze goederen verbonden bevoegdheden uitoefenen. Deze regel is neergelegd in art. 3:170 BW, maar in feite gaat het hier om een basisbeginsel van het goederenrecht: het beginsel van de beschikingsbevoegdheid. Dit beginsel stelt dat ieder rechtssubject, met uitsluiting van ieder ander, bevoegd is tot het uitoefenen van de aan zijn eigen vermogen verbonden bevoegdheden. Voor de gemeenschap volgt hieruit dat een deelgenoot slechts de aan zijn aandeel verbonden bevoegdheden kan uitoefenen.¹⁵ Alleen dit aandeel maakt deel uit van zijn vermogen. De aan de gemeenschappelijke goederen verbonden bevoegdheden kunnen slechts door de deelgenoten geza-

¹⁴ TM, Parl. Gesch. Boek 5, p. 175. Over het algemeen wordt aangenomen dat de verplichtingen uit het burennrecht geen verbintenissen zijn. Zie bijv. Van Dam, Mijnsen & Van Velten 2002, nr. 128 en Van Acht 1990, nr. 66.

¹⁵ Sommigen stellen dat voor de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap geldt dat hier beide echtgenoten voor het geheel rechthebbende tot de goederen van de gemeenschap zijn. Deze visie bespreek ik hieronder in nr. 46-49.

menlijk worden uitgeoefend. Immers, alleen gezamenlijk zijn zij rechthebbende van het goed.

Hiermee is niet gezegd dat de deelgenoten niet van het beginsel van gezamenlijk bestuur kunnen afwijken. Het recht biedt de deelgenoten twee wijzen waarop zij tot een andere bestuursverdeling kunnen komen. Dit zijn de volmacht en de machtiging. Deze rechtsfiguren vormen de grondfiguren van de bestuursregeling. Het verschil tussen deze figuren is van groot belang. Ik zal eerst deze twee figuren bespreken. Vervolgens pas ik ze toe op de gemeenschap. Hierbij gaat het om twee vragen. Ten eerste om de vraag op welke manier de rechtsfiguren van de volmacht en de machtiging de deelgenoten in staat stellen het gebruik van de aan het gemeenschappelijke goed verbonden bevoegdheden te regelen. Ten tweede om de vraag welke invloed deze figuren hebben op de aan een goed verbonden verplichtingen.

2.2.1 *Volmacht*

14. De volmacht is een zodanig bekende rechtsfiguur dat hij nauwelijks toelichting nodig heeft. Volmacht is geregeld in art. 3:60 e.v. BW. De volmacht is de bevoegdheid die de volmachtgever verleent aan de gevolmachtigde om *in naam van* de volmachtgever rechtshandelingen te verrichten (art. 3:60 lid 1 BW). Door bevoegdelijk en in naam van de volmachtgever te handelen, roept de gevolmachtigde rechtsgevolgen voor de volmachtgever in het leven. De volmachtgever wordt partij bij de rechtshandelingen van de gevolmachtigde; de gevolmachtigde ‘valt ertussenuit’ (art. 3:66 lid 1 BW). Dit fenomeen wordt vertegenwoordiging genoemd. Volmacht ziet op alle rechtshandelingen. De gevolmachtigde kan dus zowel goederenrechtelijke als verbintenissenrechtelijke rechtshandelingen verrichten. Belangrijk is nog dat de volmacht niet privaatief werkt. De volmachtgever kan de rechtshandeling waarop de volmacht ziet, zelf blijven verrichten.¹⁶

Passieve vertegenwoordiging

15. Een bijzonder gevolg van het feit dat de volmachtgever een volmacht verleent, is dat hij hiermee – binnen de grenzen van de volmacht – voor de buitenwereld een aanspreekpunt voor zichzelf creëert. Art. 3:60 lid 2 BW drukt dit aldus uit dat, waar in de titel van volmacht van rechtshandeling wordt gesproken, hieronder ook is begrepen het in ontvangst nemen van een verklaring. Met andere woorden: verklaringen die zijn bestemd voor de volmachtgever, kunnen

¹⁶ Kortmann 2004, nr. 68 en HR 29 september 1989, *NJ* 1990, 307, m.nt. D.W.F. Verkade (*Van Spijk/Stichting Beeldrecht*).

ook worden gedaan aan de gevolmachtigde. Deze figuur wordt door Kortmann wel passieve vertegenwoordiging genoemd.¹⁷

De gedachte achter de figuur van passieve vertegenwoordiging is, dat door het gebruikmaken van een gevolmachtigde de volmachtgever bij derden de gerechtvaardigde verwachting schept dat zij ook op hun beurt de volmachtgever via de gevolmachtigde kunnen bereiken. Dit beginsel is ook te herkennen in art. 1:14 BW, dat bepaalt dat degene die zich bedient van een kantoor of filiaal, ook op dat kantoor of filiaal woonplaats heeft voor zaken die dat kantoor of filiaal betreffen.

Het beginsel dat de volmachtgever binnen de grenzen van de volmacht via de gevolmachtigde door derden is te bereiken, is deels gecodificeerd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In de regeling betreffende de betekening van exploitatie (art. 45 e.v. Rv) wordt op verschillende plaatsen bepaald dat een exploitatie dat is bestemd voor een persoon, ook mag worden betekend aan een gevolmachtigde van deze persoon. Zo bepaalt art. 49 Rv dat een exploitatie dat is bestemd voor een publiekrechtelijke rechtspersoon, ook aan de woonplaats van de voorzitter van het bestuur mag worden betekend. Deze voorzitter zal in de regel bevoegd zijn de rechtspersoon te vertegenwoordigen.¹⁸ Voor de privaatrechtelijke rechtspersonen bepaalt art. 50 Rv dat betekening kan geschieden aan de woonplaats van één van de bestuurders. Deze bestuurders zijn in de regel individueel vertegenwoordigingsbevoegd.¹⁹ Andere gevallen waarin een exploitatie aan een vertegenwoordiger kan worden betekend, zijn te vinden in art. 51²⁰ en 53, aanhef en onder b,²¹ Rv.

De algemene regel dat een exploitatie voor een partij aan haar gevolmachtigde mag worden betekend, ontbreekt in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dit neemt niet weg dat mijns inziens een volmachtgever ook niet buiten de in de wet geregelde gevallen zich erop kan beroepen dat een exploitatie dat zaken betreft waarop de volmacht ziet, niet aan hem, maar aan zijn vertegenwoordiger is betekend. Weliswaar brengt strikte toepassing van de wettelijke regeling mee dat een exploitatie aan een nietigheid lijdt (art. 66 en 120 lid 1 Rv), gezien het bepaalde

¹⁷ Kortmann 2004, nr. 20. Zie voor een voorbeeld in de rechtspraak HR 19 december 2008, *LJN BG1813 (X/Leiden)*.

¹⁸ Vgl. bijv. art. 171 Gemeentewet, art. 176 Provinciewet, art. 95 Waterschapswet en art. 27 RO.

¹⁹ Bij de vereniging en de stichting is dit niet van rechtswege het geval (vgl. art. 2:45 lid 2 en 292 lid 2 BW). Voor de NV en de BV geldt dit wel (art. 2:130 lid 2 en 240 lid 2 BW).

²⁰ Een exploitatie voor een personenvennootschap kan ook worden betekend aan de woonplaats van de besturend vennoot.

²¹ Betekening aan de gezamenlijke erfgenamen kan geschieden aan de woonplaats van de executeur of van de door de rechtbank benoemde vereffenaar van de nalatenschap. Deze personen zijn bevoegd de erfgenamen te vertegenwoordigen (art. 4:145 lid 2 en 211 lid 2 BW).

in art. 3:60 lid 2 BW, moet echter worden aangenomen dat in een dergelijk geval het exploit de geëxploiteerde wel heeft bereikt. Deze conclusie is van belang, omdat als hoofdregel geldt dat exploten slechts nietig worden verklaard, als degene voor wie een exploit is bestemd, door een gebrek in een exploit onredelijk in zijn belangen is geschaad (art. 66 lid 2 en 120 lid 2 e.v. Rv).²² Daarvan kan geen sprake zijn als de gevolmachtigde het exploit heeft overgebracht aan de volmachtgever. Evenmin kan van onredelijke belangenschading sprake zijn als het exploit niet is overgebracht, aangezien dit aan de volmachtgever moet worden toegerekend. Deze situatie verschilt niet van het geval waarin een exploit wordt betekend aan het kantoor van een vennootschap en wordt afgegeven aan een aldaar werkzame werknemer, die vervolgens verzuimt het exploit aan de bestuurders van de vennootschap af te geven.

Toegepast op de gemeenschap

16. Heeft een individuele deelgenoot volmacht van de overige deelgenoten en handelt hij in naam van de gezamenlijke deelgenoten, dan bindt zijn handelen de gezamenlijke deelgenoten. Het is alsof zij allen gezamenlijk hebben opgetreden. Aangezien volmacht ziet op alle rechtshandelingen, kan de gevolmachtigde deelgenoot door in naam van de gezamenlijke deelgenoten te handelen de bevoegdheden die aan een gemeenschappelijk goed zijn verbonden, uitoefenen en voor hen verbintenissen doen ontstaan.

17. De volmacht leidt er ook toe dat derden mededelingen die zijn bestemd voor de gezamenlijke deelgenoten en die betrekking hebben op de gemeenschap, aan de vertegenwoordigingsbevoegde deelgenoot kunnen doen. Deze deelgenoot kan daar vervolgens op reageren. Dit betekent dat de vertegenwoordigingsbevoegde deelgenoot, binnen de grenzen van de volmacht, in rechte kan worden betrokken.

18. De deelgenoten kunnen elkaar over en weer machtigingen geven. Zo kunnen zij bereiken dat zij allen bevoegd zijn rechtshandelingen ten aanzien van het goed te verrichten. Zij kunnen ook ervoor kiezen om slechts één of enkelen van hen een volmacht te geven. Op deze manier worden slechts deze personen bevoegd om rechtshandelingen ten aanzien van de goederen te verrichten. Een

²² Vgl. in dit kader ook art. 121 lid 3 Rv, dat bepaalt dat de rechter de nietigheid van het exploit van dagvaarding in elk geval uitspreekt, als het gebrek ertoe heeft geleid dat het exploit de gedaagde niet heeft bereikt. Gezien het bepaalde in art. 3:60 lid 2 BW, is voor deze nietigverklaring geen ruimte als het exploit slechts zaken betreft die binnen de volmacht vallen. Het argument dat door deze wijze van betekenen het exploit de volmachtgever pas na het verstrijken van een processuele termijn heeft bereikt, zal in de regel onvoldoende gewicht in de schaal leggen; vgl. HR 13 juli 2007, NJ 2007, 409 (*Rijnja/Jonker*).

volmacht werkt niet privaat. De deelgenoten kunnen dus altijd gezamenlijk rechtshandelingen ten aanzien van het goed blijven verrichten.

2.2.2 *Machtiging*

19. De machtiging is een minder bekende rechtsfiguur dan volmacht. Een machtiging is de toestemming van de rechthebbende van een goed aan een derde (de gemachtigde), die ertoe leidt dat de derde naar buiten toe bevoegd wordt om één of meer bevoegdheden die aan het goed zijn verbonden, uit te oefenen zonder dat de derde hiermee krachtens volmacht handelt.²³

Het eenvoudigste voorbeeld van het gebruik van een machtiging is het gebruik van de zaak van een ander met diens toestemming. Gedacht kan ook worden aan de figuur van ‘cessie ter incasso’, waarbij aan een derde de bevoegdheid wordt verleend om de ‘gecedeerde’ vordering in eigen naam te innen en om zo nodig ten behoeve van deze inning in rechte op te treden. Opgemerkt zij dat hierbij van overdracht geen sprake is. Het beoogde doel, het innings- en procesbevoegd maken van de ‘cessionaris’ is, gezien het fiduciaverbod, te beperkt om overdracht te rechtvaardigen (art. 3:84 lid 3 BW). Dit neemt niet weg dat volgens vaste rechtspraak de rechthebbende van een vordering de bevoegdheid heeft om een derde ten aanzien van deze vordering innings- en procesbevoegd te maken.²⁴

20. Dat sommige bevoegdheden die aan een goed zijn verbonden, met toestemming van de rechthebbende door een derde kunnen worden uitgeoefend, is nooit omstreden geweest. Dat bijvoorbeeld de rechthebbende een derde toestemming kan geven om zijn goed te gebruiken of zelfs te slopen, is vanzelfsprekend. Zoals ik hierboven al aanstipte, is het vaste rechtspraak dat iemand

²³ Vgl. Groefsema 1993, p. 23 en Kortmann 2004, nr. 136. Beiden hebben mijns inziens een te beperkte reikwijdte van het begrip machtiging voor ogen. Groefsema beperkt de reikwijdte van het begrip tot beschikken, terwijl Kortmann het beperkt tot beheer en beschikken. Ook bevoegdheden die aan een goed zijn verbonden en waarvan de uitoefening niet als beheer is aan te merken, kunnen m.i. met toestemming van de rechthebbende door een derde worden verricht. Zo oordeelde de Hoge Raad dat het slopen van een gebouw niet als beheer in de zin van art. 3:267 BW kan worden aangeduid; zie HR 26 april 2002, *NJ* 2005, 180, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Deutsche Hypothekenbank/De Liagre Böhl q.q.*). Het slopen van een gebouw kan uiteraard ook niet als beschikken worden aangemerkt. Dit neemt niet weg dat de rechthebbende een ander toestemming (machtiging) kan verlenen om zijn gebouw te slopen.

²⁴ Zie reeds HR 7 mei 1852, *W.* 1350; zie recenter HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 254, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Zomerdijk/Cultuurtechnische Werken Goudsblom*), HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989, 83 (*Bakridi/HBN*) en HR 26 november 2004, *NJ* 2005, 41 (*Haantjes/Damstra*). Vgl. ook art. 7:424 lid 2 BW, waaruit weliswaar niet blijkt dat de rechthebbende een derde de *bevoegdheid* kan verlenen om een vordering die aan de rechthebbende toebehoort, in eigen naam in rechte te innen, maar waaruit wel volgt dat de rechthebbende de derde kan *verplichten* om bij het innen van de vordering in eigen naam te handelen.

een ander de bevoegdheid kan verlenen om, desnoods in rechte, in eigen naam een vordering te innen. Het is echter de vraag of naast vertegenwoordiging een *algemene* – niet in de wet geregelde – rechtsfiguur bestaat, die meebrengt dat sommige gevolgen van een dergelijk optreden van een tussenpersoon de opdrachtgever treffen. Het bestaan van een dergelijke rechtsfiguur is bepaald niet vanzelfsprekend.²⁵

In het verleden werd het bestaan van een dergelijke rechtsfiguur ontkend. Deze ontkenning werd voornamelijk ingegeven door de gedachte dat het voor de rechthebbende onmogelijk zou zijn om een derde beschikkingsbevoegd te maken. Men was van mening dat beschikkingsbevoegdheid niet contractueel kan worden verleend en dat beschikkingsbevoegdheid niet kan worden afgescheiden van het goed.²⁶ Thans wordt algemeen aangenomen dat de rechthebbende een derde wél bevoegd kan maken om over een goed te beschikken.²⁷ Bij deze acceptatie heeft een passage uit de Toelichting van Meijers op art. 3:90 BW een belangrijke rol gespeeld. Meijers schrijft:

‘In de regel is de vervreemder, die aan de verkrijger het bezit verschaft, zelf bezitter. Nodig is dit echter niet, het kan een commissionair zijn, die de zaak slechts houdt voor hem voor wie hij verkoopt, doch die toch op eigen naam levert.’²⁸

Gezien het feit dat de rechthebbende een derde bevoegd kan maken om over het goed te beschikken en het feit dat beschikken één van de ingrijpendste bevoegdheden is die aan een goed is verbonden, ben ik van mening dat in beginsel de gerechtigde elke aan een goed verbonden bevoegdheid door een derde kan laten uitoefenen.

21. Net als een volmacht zal een machtiging vaak besloten liggen in een andere rechtshandeling. Zo kan een cessie ter incasso (in feite een machtiging) ook als een lastgeving worden vormgegeven.²⁹ In een huur- of pachtovereenkomst ligt de toestemming (machtiging) van de eigenaar om het gehuurde te gebruiken, besloten (vgl. art. 7:201 en 331 BW).

Rechtsgevolgen van het optreden van de gemachtigde

22. Zoals gezegd, is machtiging niet in de wet geregeld. Een met art. 3:66 lid 1 BW vergelijkbare regeling die de gevolgen van het optreden door de ge-

²⁵ Kortmann 2004, nr. 168.

²⁶ Zie o.a. Van der Grinten & Kortmann 1990, nr. 134 en Van Boom 1994, p. 866.

²⁷ Ik beperk mij hier tot de handboeken: Kortmann 2004, nr. 136, Mijnsen & De Haan 2001, nr. 168, Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 141 en 300, alsmede Snijders 2001, nr. 442.

²⁸ TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 382.

²⁹ Vgl. HR 26 november 2004, NJ 2005, 41 (*Haantjes/Damstra*); vgl. ook art. 7:414 lid 2 BW.

machtigde voor de machtgever regelt, ontbreekt dan ook. Het is dus de vraag welke gevolgen van het optreden van de gemachtigde de machtgever treffen.

23. Als elementair beginsel van ons recht geldt dat alle gevolgen van het optreden van een partij enkel deze partij treffen. Dit betekent dat in beginsel ook de gevolgen van het optreden van de gemachtigde enkel hemzelf treffen. Een ander beginsel is dat het bevoegdelijk gebruik van de aan een goed verbonden bevoegdheden gevolgen heeft voor dat goed en dus voor de rechthebbende. Uit deze twee beginselen volgt dat in principe alle gevolgen van het optreden van de gemachtigde voor de gemachtigde zijn, behoudens voor zover hij bij dit optreden bevoegdelijk gebruik heeft gemaakt van de aan het goed van de machtgever verbonden bevoegdheden. Geeft de rechthebbende aan een derde, bijvoorbeeld een commissionair, de opdracht om in eigen naam een roerende zaak te verkopen en te leveren, dan verleent hij aan de commissionair de aan het goed verbonden bevoegdheid om het goed te leveren. Verkoopt de commissionair vervolgens de zaak, dan wordt de rechthebbende geen partij bij de koopovereenkomst. Evenmin wordt de rechthebbende partij bij de levering. De gemachtigde is echter bevoegd het goed te leveren. Het gevolg hiervan is, dat de rechthebbende de eigendom verliest en de koper als een direct gevolg van de levering eigenaar wordt.

24. Een praktische beperking aan de mogelijkheid om bepaalde aan een goed verbonden bevoegdheden krachtens machtiging te laten uitoefenen, is gelegen in het feit dat het voor de derde vaak moeilijk zal zijn om aan bepaalde vormvoorschriften te voldoen.³⁰ Deze beperking doet zich bijvoorbeeld voelen bij de levering van andere goederen dan roerende zaken niet-registergoederen of toondervorderingen. De machtiging van de rechthebbende maakt de derde weliswaar beschikkingsbevoegd, maar desalniettemin zal de derde vaak niet in staat zijn aan de leveringsvereisten te voldoen. Zo is voor de levering van een ordervordering endossement vereist. De verkrijger zal in een dergelijk geval geen genoegen nemen met endossement zonder dat daarbij ook de machtiging wordt vermeld.³¹ In zoverre bestaat weinig praktisch verschil met volmacht.³² Daarnaast wordt betwijfeld of de in eigen naam opererende derde wel kan mee-

³⁰ Vgl. Kortmann 2004, nr. 136.

³¹ Al lijkt uit art. 474a Rv af te leiden dat dit wel mogelijk is. Dit artikel bepaalt dat de deurwaarder in het geval van executie van ordervorderingen zelf endosseert en daarbij vermeldt: 'ter executie'. Gezien het feit dat de executant executeert krachtens eigen recht, ben ik van mening dat het hier gaat om een bijzondere vorm van wettelijke machtiging.

³² Een praktisch verschil blijft dat de wederpartij van de verkrijger de in eigen naam handelende derde blijft en niet de rechthebbende. Een eventuele actie uit wanprestatie zal de verkrijger moeten richten tot de gemachtigde en niet tot de machtgever.

werken aan het opmaken van een akte die noodzakelijk is voor het leveren van registergoederen en vorderingen op naam.³³

25. Net als volmacht werkt machtiging in de regel niet privaatief.³⁴ Dat wil zeggen dat de rechthebbende zelf in staat blijft van de bevoegdheid gebruik te maken ondanks het feit dat hij een derde een machtiging heeft verleend. Art. 7:423 BW maakt echter een privaatieve last mogelijk. Dat wil zeggen dat uitsluitend de lasthebber de bevoegdheid kan uitoefenen. De lastgever wordt dan onbevoegd de bevoegdheid zelf uit te oefenen.

Aan de goederen verbonden verplichtingen

26. Het is de vraag of het feit dat de gemachtigde de aan een goed verbonden bevoegdheden kan uitoefenen, ook meebrengt dat de verplichtingen die aan dit goed zijn verbonden, ook voor de gemachtigde gaan gelden. De vervolgvraag is of de verplichtingen die voor de machtgever gelden, ook jegens de gemachtigde geldend kunnen worden gemaakt.

27. In beginsel moet een aan een goed verbonden verplichting (ook) op de gemachtigde komen te rusten. Immers, de verplichting vormt de begrenzing of een nadere invulling van de bevoegdheid. De rechthebbende kan geen bevoegdheden verlenen die hij zelf niet heeft. Welke aan een goed verbonden verplichtingen op de gemachtigde komen te rusten, is afhankelijk van de vraag welke bevoegdheden de rechthebbende aan de gemachtigde verleent. Verleent de rechthebbende uitsluitend de bevoegdheid tot het gebruik, dan komen op de gemachtigde ook slechts de verplichtingen te rusten die samenhangen met dit gebruik. Zo zal de gemachtigde een derde wiens voorwerp of dier op het erf van de machtgever is terechtgekomen, de toegang tot dit erf moeten verschaffen om het voorwerp of dier op te sporen en te verwijderen (art. 5:23 BW). De gemachtigde is echter noch bevoegd noch verplicht om mee te werken aan een erfafscheiding (art. 5:47 BW).

³³ Zie hierover Kortmann 2004, nr. 136 en de daar genoemde literatuur. Zelf zou ik menen dat dit wel het geval is. Het voorbeeld van de last ter incasso toont aan dat de lasthebber alle bevoegdheden kan uitoefenen die noodzakelijk zijn om een vordering in naam van de lastgever te innen. Ik zie niet in waarom de rechthebbende niet ook de bevoegdheid zou kunnen verlenen om diezelfde vordering aan een derde te leveren. Bovendien kan worden gewezen op het executierecht. Dat de executant in eigen naam een vordering op naam of een registergoed van de geëxecuteerde mag verkopen en leveren, staat vast. Als deze mogelijkheid binnen het executierecht bestaat, waarom zou dan, op voorwaarde dat de rechthebbende een daartoe strekkende machtiging verleent, deze mogelijkheid buiten het executierecht niet bestaan?

³⁴ Zie onder het oude recht: HR 29 september 1989, NJ 1990, 307, m.nt. D.W.F. Verkade (*Van Spijk/Stichting Beeldrecht*).

28. Het feit dat op de gemachtigde een aan het goed verbonden verplichting rust, betekent ook dat deze verplichting tegen de gemachtigde in rechte geldend kan worden gemaakt. Dit blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de mogelijkheid om tegen de huurder (een persoon die een goed met toestemming van de rechthebbende gebruikt) in rechte op te treden op grond van verplichtingen die gelden op grond van het burendrecht (verplichtingen die worden gezien als een nadere uitwerking van het eigendomsrecht van de verhuurder).³⁵ De Hoge Raad oordeelde dat het mogelijk is de huurder aan te spreken uit hoofde van verplichtingen die op grond van het burendrecht gelden voor de rechthebbende. Zo kan onder andere de huurder worden aangesproken om beplanting die te dicht bij de erfgrans staat, te verwijderen.³⁶ De Hoge Raad stelt wel de beperking dat de eigenaar in het geding wordt betrokken of dat de eisende partij door middel van een schriftelijke verklaring aantoont dat de eigenaar tegen verwijdering geen bezwaar heeft.³⁷ Deze beperking kan mijns inziens worden verklaard uit het feit dat een machtiging niet privaat werkt.

Toegepast op de gemeenschap

29. Toepassing van de figuur van machtiging op de gemeenschap leert dat de deelgenoot die krachtens machtiging van de overige deelgenoten handelt, in beginsel alle bevoegdheden die aan het goed zijn verbonden, zelfstandig kan uitoefenen, zonder dat sprake is van vertegenwoordiging. Hij kan het goed gebruiken, vervreemden, vernietigen, enzovoort, zonder dat dit leidt tot verbintenissen voor de overige deelgenoten. Voor zover de gemachtigde deelgenoot gebruikmaakt van de aan de goederen verbonden bevoegdheden, heeft dit slechts gevolgen voor de gemeenschappelijke goederen en daarmee voor de overige deelgenoten. Sluit de gemachtigde deelgenoot bijvoorbeeld een overeenkomst met een derde tot vervreemding van een gemeenschappelijke roerende zaak, dan worden de gezamenlijke deelgenoten geen partij bij deze overeenkomst noch bij de levering. Voert de gemachtigde deelgenoot de overeenkomst uit en levert hij de zaak, dan heeft dit wél tot gevolg dat de gemeenschappelijke zaak wordt vervreemd en eigendom wordt van de derde.

30. De machtiging brengt in beginsel ook mee dat de verplichtingen die aan het goed zijn verbonden en op de gezamenlijke deelgenoten rusten, ook op de gemachtigde deelgenoot komen te rusten en dus jegens hem geldend kunnen worden gemaakt. Dit is uiteraard alleen het geval voor zover de bevoegdheid die aan de gemachtigde deelgenoot toekomt, is verbonden met de verplichting. Is een deelgenoot bijvoorbeeld gerechtigd om een gemeenschappelijk stuk grond te

³⁵ HR 24 januari 1992, NJ 1992, 280 (*Van Aken/Heideman*) en HR 24 januari 1992, NJ 1992, 281 (*Van Beek/Jansen*); zie ook Van Dam, Mijnsen & Van Velten 2002, nr. 129.

³⁶ HR 24 januari 1992, NJ 1992, 281 (*Van Beek/Jansen*).

³⁷ HR 24 januari 1992, NJ 1992, 281 (*Van Beek/Jansen*).

gebruiken, dan rust op hem ook de verplichting om geen hinder te veroorzaken. Deze verplichting kan dan ook jegens hem geldend worden gemaakt. Dit geldt uiteraard niet voor de verplichting om mee te werken aan een grensbepaling. Deze vordering kan alleen tegen de gezamenlijke deelgenoten worden ingesteld.

31. De deelgenoten kunnen elkaar over en weer machtigingen geven. Op die manier bereiken zij dat zij allen bevoegd zijn bepaalde handelingen ten opzichte van de gemeenschappelijke goederen te verrichten. De deelgenoten kunnen ook ervoor kiezen om slechts aan één of enkelen van hen een machtiging te geven. Zo kunnen zij bereiken dat de bevoegdheden die aan het goed zijn verbonden, slechts door één of enkelen van hen kunnen worden uitgeoefend. Een machtiging kan ook privaatief werken. Zo kan worden bereikt dat de deelgenoten niet langer gezamenlijk bevoegd zijn om de aan het goed verbonden bevoegdheden uit te oefenen.

2.3 *Bestuursverdeling*

32. De deelgenoten zouden de bevoegdheden die aan de gemeenschappelijke goederen zijn verbonden, telkens kunnen uitoefenen door machtigingen en/of volmachten. Zij zouden elkaar dan steeds machtiging of volmacht moeten verlenen. Het behoeft geen betoog dat dit een weinig praktische gang van zaken is. Vandaar dat de wet voorziet in een *bestuursverdeling*. De bestuursverdeling is de wettelijke regeling die bepaalt welke deelgenoot kan en mag gebruikmaken van welke aan het goed verbonden bevoegdheden. Zo kan de bestuursverdeling regelen welke deelgenoot (onder welke omstandigheden) bevoegd is om over het goed te beschikken, ten aanzien van het goed te procederen, het goed aan een derde ter beschikking te stellen, enzovoort.

2.3.1 *Rechtskarakter van de bestuursverdeling*

33. De wet kent voor de verschillende gemeenschappen een bestuursregeling die is toegesneden op die specifieke gemeenschap. Deze bestuursverdelingen kunnen alle worden aangemerkt als een vorm van regeland overeenkomstenrecht. De wet schrijft voor de verschillende gemeenschappen een bestuursverdeling voor waarvan mag worden aangenomen dat de deelgenoten deze in de meeste gevallen ook zelf zouden zijn overeengekomen. Als mag worden aangenomen dat tussen de deelgenoten een nauwe verbondenheid en veel onderling vertrouwen bestaan, dan kent de wet ruime bevoegdheden toe aan de individuele deelgenoten. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de huwelijksgemeenschap en de personenvennootschap. Kan een dergelijke nauwe verbondenheid tussen de deelgenoten niet worden aangenomen, dan kent de wet de individuele deelgenoten slechts beperkte bevoegdheden toe en laat zij het aan de gezamenlijke deelgenoten over om een nadere regeling te treffen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij

de liquidatiegemeenschap en de eenvoudige gemeenschap. Als regel is de bestuursverdeling een vorm van regelend recht. Het is de deelgenoten toegestaan om een andere bestuursverdeling overeen te komen.³⁸ Deze bevoegdheid wordt in het belang van de deelgenoten en derden soms wel beperkt of aan vorm- en publicatievoorschriften gebonden.³⁹

34. In de wettelijke bestuursverdelingen is telkens de vorm van volmacht of machtiging te herkennen. Bij de huwelijksgemeenschap kiest de wet bijvoorbeeld voor de machtiging. Verkoopt en levert de bevoegde echtgenoot een goed, dan wordt de andere echtgenoot noch bij de koop noch bij de levering partij. Bij andere gemeenschappen kiest de wet de vorm van een volmacht. Een voorbeeld hiervan is de (openbare) personenvennootschap. Verkoopt en levert de bevoegde vennoot een goed, dan wordt de gemeenschap (lees: worden de gezamenlijke vennoten) partij bij zowel de koop als de levering.

2.3.2 Drie wijzen van bestuursverdeling

35. Door middel van het verlenen van volmachten en machtigingen kunnen de deelgenoten elkaar bevoegd maken de aan de goederen verbonden bevoegdheden uit te oefenen. Dit kan leiden tot drie vormen van bestuursverdeling. Allereerst kunnen de deelgenoten elkaar over en weer volmacht of machtiging verlenen. Dit leidt ertoe dat alle deelgenoten de aan de goederen verbonden bevoegdheden kunnen uitoefenen. Dit wordt cumulatief bestuur genoemd. Ten tweede is het mogelijk dat de deelgenoten slechts aan één of enkelen van hen

³⁸ Zie voor de huwelijksgemeenschap de regeling van de bestuursovereenkomst bij huwelijkse voorwaarden (art 1:97 lid 1, eerste zin, middenin, jis. art. 1:114 e.v. BW) en de mogelijkheid dat de ene echtgenoot het bestuur overlaat aan de andere echtgenoot (art. 1:90 lid 3 BW). Zie voor de eenvoudige gemeenschap en de liquidatiegemeenschap art. 3:168 lid 1 jo. art. 3:189 lid 2 BW. Bij de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw volgt de bestuursverdeling grotendeels uit de akte van splitsing en het reglement. De appartementseigenaren zijn bij de invulling hiervan grotendeels vrij en ook later kunnen wijzigingen worden aangebracht. De regeling van de personenvennootschappen is in beginsel van regelend recht; zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 5. Hieruit volgt dat de deelgenoten een andere bestuursregeling kunnen overeenkomen. Bij de rederij kunnen de deelgenoten binnen de grenzen van art. 8:186 BW een andere regeling overeenkomen. Wat het bestuur betreft, betekent dit dat de deelgenoten volledig vrij zijn. Art. 8:163 BW heeft betrekking op het bestuur en is van dwingend recht; het artikel schrijft echter alleen voor dat een boekhouder *kan* worden benoemd. De deelgenoten zijn vrij in de keuze of zij deze benoemen en welke taken en bevoegdheden zij hem toedelen. Bovendien kunnen zij aan de gehele regeling van de rederij ontkomen door te kiezen voor de vorm van een openbare personenvennootschap (art. 8:160 lid 1 BW).

³⁹ Zie voor de huwelijksgemeenschap art. 1:116 BW. Voor zover tot de eenvoudige gemeenschap of de liquidatiegemeenschap een registergoed behoort, kan een gebruiks- of beheersregeling worden ingeschreven in de openbare registers (art. 3:17 lid 1, aanhef en onder d, BW). Bij de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw kan worden gewezen op het feit dat de splitsingsakte moet worden ingeschreven. Zie voor de personenvennootschap art. 7:811 lid 2 BW. Zie voor de rederij art. 8:178 lid 2 BW.

een volmacht of machtiging verlenen. Dit leidt ertoe dat alleen de deelgenoten aan wie de volmacht of de machtiging is verleend, de aan de goederen verbonden bevoegdheden kunnen uitoefenen. Dit wordt privaatief bestuur genoemd.⁴⁰ Tot slot kan verlening van volmacht of machtiging achterwege blijven. In dat geval kunnen de deelgenoten slechts gezamenlijk de aan de goederen verbonden bevoegdheden uitoefenen. Dit wordt het collectieve bestuur genoemd.

36. Van elke van deze drie bestuursverdelingen zijn in de wet voorbeelden te vinden. Zo hebben de liquidatiegemeenschappen en de eenvoudige gemeenschap een overwegend collectief bestuur (art. 3:170 jo. art. 3:189 lid 2 BW), heeft de personenvennootschap een overwegend cumulatief bestuur (art. 7:809 BW) en hebben de huwelijksgemeenschap en de rederij met boekhouder een overwegend privaatief bestuur (art. 1:90 jo. art. 1:97 BW en 8:178 BW).

Mengvormen

37. Bij dit alles moet wel worden bedacht dat de hierboven geschetste collectieve, cumulatieve en privaatieve bestuursverdelingen ideaaltypen zijn. De wettelijke bestuursverdelingen zijn altijd een mengvorm. Soms gelden ten aanzien van één bevoegdheid meerdere bestuursvormen tegelijk. Zo kan in de vennootschapsovereenkomst de bestuursbevoegdheid van bepaalde vennoten worden beperkt. Een personenvennootschap kan bijvoorbeeld twee besturende vennoten en vijf niet-besturende vennoten kennen. In dat geval geldt een privaatief-cumulatief bestuur. Privaatief omdat de besturende vennoten, met uitsluiting van de overige vennoten, bestuursbevoegd zijn. Cumulatief omdat de besturende vennoten ieder afzonderlijk bestuursbevoegd zijn.

38. De bestuursverdeling is ook vrijwel altijd een mengvorm, omdat zelden ten aanzien van alle bevoegdheden die aan de gemeenschappelijke goederen zijn verbonden, hetzelfde bestuur geldt. Zo heeft de eenvoudige gemeenschap weliswaar een overwegend collectief bestuur, maar voor sommige aan de goederen verbonden bevoegdheden geldt een cumulatief bestuur. Een voorbeeld is de bevoegdheid om ten aanzien van een goed een rechtsvordering in te stellen. Art. 3:171 BW bepaalt dat, behoudens een afwijkende regeling, ieder van de deelge-

⁴⁰ Binnen de privaatieve bestuursverdeling moet onderscheid worden gemaakt tussen de privaatieve bestuursverdeling die is ingesteld op grond van volmacht en die is ingesteld op grond van machtiging. Bij de eerste bestuursverdeling blijven de gezamenlijke deelgenoten bestuursbevoegd, zij het dat de gevolmachtigde deelgenoot door het onthouden van zijn medewerking kan bewerkstellingen dat de gemeenschappelijke deelgenoten bestuursbevoegd worden. Bij de privaatieve bestuursverdeling zijn de gemeenschappelijke deelgenoten in beginsel ook bestuursbevoegd, maar hier biedt art. 7:423 BW de mogelijkheid om hen deze bestuursbevoegdheid te ontnemen.

noten hiertoe bevoegd is.⁴¹ Uit het feit dat niet voor alle bevoegdheden die aan een goed zijn verbonden, dezelfde bestuursverdeling geldt, volgt dat het onjuist, althans onzorgvuldig, is om te spreken over het bestuur van een goed. Beter is het om te spreken over het bestuur van een of meer bevoegdheden.

39. Tot slot is de bestuursverdeling vrijwel altijd een mengvorm, omdat de bestuursverdeling vaak afhankelijk is van de concrete omstandigheden. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat een bevoegdheid die normaal gesproken door de gezamenlijke deelgenoten moet worden uitgeoefend, onder bijzondere omstandigheden door een individuele deelgenoot kan worden uitgeoefend. Een voorbeeld hiervan is de bevoegdheid voor een individuele deelgenoot in een eenvoudige gemeenschap of een liquidatiegemeenschap om handelingen te verrichten die geen uitstel kunnen lijden (art. 3:170 lid 1 BW).

2.4 Twee beperkingen aan de bestuursverdeling; doel- en objectgebondenheid

40. De macht van de bestuursbevoegde deelgenoot is niet onbeperkt. Zijn macht wordt beperkt door twee belangrijke beginselen. Dit zijn de beginselen van de doel- en objectgebondenheid. Hieronder ga ik eerst in op de doelgebondenheid in het algemeen (2.4.1). Daarna behandel ik de doelgebondenheid bij de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap (2.4.2). Tot slot ga ik in op de objectgebondenheid (2.4.3).

2.4.1 Doelgebondenheid

41. Een aspect dat de bestuursverdeling gemeen heeft met haar grondvormen van machtiging en volmacht, is de doelgebondenheid. Een volmacht en een machtiging zijn in beginsel doelgebonden. Dit wil zeggen dat zij bestaan en zijn verleend om een bepaald doel te bereiken, maar ook uitsluitend mogen en kunnen worden gebruikt voor dat doel. Worden zij voor een ander doel gebruikt, dan sorteren zij geen effect. Neem het voorbeeld waarin A een volmacht verleent aan B om in naam van A een aan A toebehorend schilderij te verkopen en te leveren aan een specifieke kunsthandelaar. Verkoopt en levert B het schilderij in naam van A aan een andere kunsthandelaar, dan bindt hij daarmee A niet.

⁴¹ Deze regel geldt uitsluitend voor vorderingen tegen derden. Voor vorderingen tegen de deelgenoten geldt de hoofdregel dat de deelgenoten slechts gezamenlijk bevoegd zijn. Zie HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604, *Ars Aequi* 2001, 578, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cento Nederland/Cento*). Op grond van de tussen de deelgenoten geldende redelijkheid en billijkheid mag de deelgenoot tegen wie de vordering moet worden ingesteld, het instellen van deze vordering niet verhinderen; vgl. HR 6 april 1936, *NJ* 1936, 425, m.nt. P. Scholten (*Simplexite*). Bovendien kan een dergelijke vordering in het kader van de verdeling aan de orde komen; zie HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604, *Ars Aequi* 2001, 578, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cento Nederland/Cento*).

Wel is het mogelijk dat de kunsthandelaar, mits hij te goeder trouw is, wordt beschermd (art. 3:61 lid 2 BW).

42. Dat de volmacht doelgebonden kan zijn, is af te leiden uit art. 3:62 BW. Dit artikel rept van een volmacht die voor een bepaald doel is verleend.⁴² Voorts is de doelgebondenheid van een volmacht af te leiden uit art. 3:13 BW, waaruit volgt dat een bevoegdheid niet voor een ander doel mag worden gebruikt dan waarvoor zij is verleend.

43. De machtiging is een niet in de wet geregelde figuur. Uit de wet kan, behoudens uit art. 3:13 BW, niet worden afgeleid dat de machtiging doelgebonden is. Toch ligt dit wel voor de hand. Het zou vreemd zijn als in het bovenstaande voorbeeld van de verkoop van een schilderij een volmacht doelgebonden zou zijn, maar een machtiging niet. Wel is het uiteraard zo dat ook in dit geval de wederpartij zich kan beroepen op derdenbescherming. Als de gemachtigde in eigen naam optreedt, ligt het meer voor de hand dat de wederpartij te goeder trouw is en wordt beschermd. Ook in de literatuur wordt aangenomen dat de machtiging doelgebonden is.⁴³

44. Wat geldt voor de volmacht en de machtiging, geldt ook voor de bestuursregeling. Ook deze is doelgebonden. Dat wil zeggen dat de bestuursbevoegdheid alleen kan worden gebruikt voor het doel waarvoor deze is gegeven.⁴⁴ Dit doel is het doel van de gemeenschap. Het doel van een gemeenschap verschilt per gemeenschap. Zo is het doel van de gemeenschap van een personenvennootschap het behalen van vermogensrechtelijk voordeel, het doel van de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw het verschaffen van de mogelijkheid om een appartement te bewonen en het doel van de gemeenschap van een nalatenschap de lijkbezorging, afwikkeling van de vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen en uitvoering van eventuele uiterste wilsbeschikkingen van een overledene, gevolgd door liquidatie van het vermogen.

45. Dat de bestuursregeling doelgebonden is, blijkt bij de personenvennootschappen en de rederij uit art. 7:810 en 811 (vgl. ook art. 17 lid 2 (oud) K) en

⁴² Het artikel noemt ook de algemene volmacht. Of deze laatste figuur wel werkelijk bestaat, betwijfel ik. Niemand geeft aan een ander de ongeclausuleerde bevoegdheid om hem naar goeddunken van die ander te vertegenwoordigen. Vgl. Kortmann 2004, nr. 27, die opmerkt dat niet zelden een bijzondere volmacht in algemene bewoordingen zal zijn gesteld, terwijl deze voor een bepaald doel wordt gegeven. Art. 3:62 BW moet m.i. dan ook eerder worden opgevat als een artikel dat de vereisten van derdenbescherming nader invult, dan als een artikel dat de bevoegdheden van de gevolmachtigde zelf beperkt.

⁴³ Vgl. Groefsema 1993, p. 69, die onder verwijzing naar HR 29 juni 1979, *NJ* 1980, 133, m.nt. W.M. Kleijn (*Hoogovens/Matex*) het voorbeeld opvoert van de koper onder eigendomsvoorbehoud. Deze koper is in beginsel bevoegd om deze goederen te verkopen en te leveren voor zover dit hoort bij de normale bedrijfsvoering.

⁴⁴ Vgl. bijv. ten aanzien van de personenvennootschappen Maeijer 1995, nr. 77.

8:178 BW.⁴⁵ Art. 7:810 en 811 BW bepalen met zoveel woorden dat de besturende vennoten alleen bevoegd zijn handelingen te verrichten overeenkomstig het doel van de vennootschap. Art. 8:178 BW bepaalt dat de boekhouder bevoegd is ter zake van het doel van de rederij, namelijk de normale exploitatie van het schip. Art. 7:811 lid 2 BW (vgl. art. 29 (oud) K) schrijft voor dat een openbare vennootschap geen beroep kan doen op doeloverschrijding (of op beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennoten) zolang de vennootschap niet in het handelsregister is ingeschreven. Bij de andere gemeenschappen blijkt de doelgebondenheid van de bestuursverdeling slechts impliciet. Bij de eenvoudige gemeenschap en de liquidatiegemeenschap ligt de doelgebondenheid van de bestuursregeling besloten in art. 3:170 BW, dat telkens voor specifieke handelingen bepaalt welke deelgeno(o)t(en) bevoegd is/zijn.⁴⁶

2.4.2 Doelgebondenheid en de huwelijksgemeenschap

46. In de literatuur wordt de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap vaak gezien als een bijzondere rechtsfiguur die zich van alle andere gemeenschappen op één cruciaal punt onderscheidt, namelijk in de gerechtigdheid van de echtgenoten ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen. De niet-ontbonden huwelijksgemeenschap is in deze opvatting

‘een vermogen waarin geen aandelen kunnen worden onderscheiden, maar waarin beide echtgenoten voor het geheel gerechtigd zijn.’⁴⁷

Deze opvatting wordt door vele schrijvers verdedigd. Het aantrekkelijke aan deze opvatting is dat zij vele verschijnselen rond de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap verklaart. Zo verklaart deze opvatting bijvoorbeeld waarom de schuldeisers van de echtgenoten voor elke schuld van een echtgenoot – zowel de privéschulden als de gemeenschapsschulden – de goederen van de gemeenschap kunnen uitwinnen (art. 1:95 en 96 BW en art. 61 e.v. Fw) en waarom de be-

⁴⁵ Vgl. Mohr 1998, p. 136.

⁴⁶ Vgl. ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 588, waar wordt opgemerkt dat de met de bepaling van art. 3:170 lid 2 BW waarin beheer van een goed wordt omschreven als ‘alle handelingen die voor de normale exploitatie van een goed dienstig *kunnen zijn*’, ook dient tot bescherming van de derde die handelt met een deelgenoot die met het beheer van de gemeenschap is belast. Deze bepaling ontslaat deze derde van de verplichting om na te gaan of de handeling daadwerkelijk door de normale exploitatie van de goederen wordt gevorderd. Voldoende is dat hij in de gegeven omstandigheden mag aannemen dat dit het geval *kan* zijn. Uit het feit dat de derde door deze ruime definitie van beheer wordt beschermd kan worden afgeleid dat de beheersbevoegde deelgenoot zijn bevoegdheden niet voor andere doeleinden dan beheer kan gebruiken. De verkoop en levering van een gemeenschappelijk goed aan een derde zonder dat daartoe een *prima facie* beheersnoodzaak bestaat bindt de gemeenschap niet.

⁴⁷ De Boer 2002, nr. 295, Luijten & Meijer 2005, nr. 163, Van der Burght & Doek 2002, nr. 313. Anders: Van Mourik & Verstappen 2006, p. 95 en Verstappen 1996, par. 7.5.

stuursbevoegde echtgenoot zonder medewerking van de andere echtgenoot over de goederen kan beschikken.⁴⁸

47. Het problematische aan deze opvatting is dat zij lijkt te zijn gebaseerd op een logische onmogelijkheid. Een goed kan niet tegelijkertijd voor het geheel aan twee personen behoren. Eén en één is nu eenmaal twee en geen één.⁴⁹ Dit verklaart wellicht waarom de Hoge Raad in enkele uitspraken heeft overwogen dat ieder der echtgenoten vóór de ontbinding voor de helft is gerechtigd in de goederen van de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap.⁵⁰

48. Naar mijn mening kan aan de logische onmogelijkheid die ligt besloten in de ‘ieder voor het geheel’-opvatting worden ontkomen, terwijl de goede aspecten van deze opvatting kunnen blijven bewaard. Ik zou willen aannemen dat ieder van de echtgenoten *voor de helft* is gerechtigd tot de gemeenschappelijke goederen. Net als bij alle andere gemeenschappen kunnen de echtgenoten het bestuur van de gemeenschappelijke goederen onderling regelen. Doen zij dit niet, dan geldt de wettelijke regeling, die is gebaseerd op de veronderstelde wil van de echtgenoten. Dit houdt in dat voor het gebruik van de gemeenschappelijke goederen cumulatief bestuur geldt. Voor het overige geldt privaat bestuur. De wetgever kent de echtgenoten bovendien de bevoegdheid toe om de gemeenschappelijk goederen voor schulden te verbinden.⁵¹ Hiervoor geldt cumulatief ‘bestuur’. Het bestuur van de gemeenschap is op een machtiging gebaseerd. Dit betekent dat de echtgenoten in eigen naam kunnen handelen. In zoverre bestaat geen principieel verschil tussen de huwelijksgemeenschap en andere gemeenschappen.

49. Het punt waarop kan worden verdedigd dat de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap afwijkt van alle andere gemeenschappen, is in de toepassing van het beginsel van de doelgebondenheid. Men kan namelijk stellen dat de bestuursverdeling van de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap niet doelgebonden is. Dit betekent dat de echtgenoten hun bestuursmacht in beginsel geheel naar eigen goeddunken mogen gebruiken. Of het hier werkelijk om een fundamenteel verschil gaat, is maar de vraag. Tussen de niet van tafel en bed geschei-

⁴⁸ Zie uitgebreider Nuytinck 1989, p. 445-446 en Nuytinck 1990, p. 42-43. Zie voor een kritische bespreking van deze argumenten Verstappen 1996, par. 7.5.

⁴⁹ Van dezelfde strekking: Verstappen 1996, p. 367.

⁵⁰ HR 2 december 1943, *NJ* 1944, 23 (dat het arrest betrekking heeft op een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap, blijkt uit Hof 's-Gravenhage 11 maart 1943, *NJ* 1943, 610, waarin in de kop partijen worden aangeduid als echtgenoten en niet als gewezen echtgenoten), HR 15 december 1961, *NJ* 1962, 48 (*Naeije/Naeije*) en HR 9 september 1988, *NJ* 1989, 239, m.nt. W.M. Kleijn (*Van der Kammen*). Zie over deze laatste beschikking Nuytinck 1989, p. 445-446, waarover Van der Ploeg 1990, p. 41-42, waarop Nuytinck 1990, p. 42-43 reageert.

⁵¹ Zie over het verbinden van gemeenschapsgoederen voor schulden nr. 53-94.

den echtgenoten bestaat een bijzonder grote mate van lotsverbondenheid. Zij zijn elkaar getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd (art. 1:81 jo. art. 1:92a BW). Men zou daarom kunnen zeggen dat het doel van de huwelijksgemeenschap in beginsel is gelegen in het dienstbaar zijn aan alle aspecten van het leven van ieder der echtgenoten. Als men het doel van de huwelijksgemeenschap zodanig ruim formuleert, is de vraag of de bestuursverdeling in een huwelijksgemeenschap wel of niet doelgebonden is, zonder praktisch belang geworden.⁵²

2.4.3 Objectgebondenheid

50. Met objectgebondenheid van de bestuursverdeling bedoel ik dat de bestuursverdeling in beginsel niet verder strekt dan de gemeenschappelijke goederen. De machtiging of volmacht die in de bestuursverdeling ligt besloten, verleent de bestuursbevoegde deelgenoten geen bevoegdheid ten aanzien van de privégoederen van de overige deelgenoten. Het beginsel van de objectgebondenheid van de bestuursverdeling is nauw verbonden met het beginsel van de doelgebondenheid van de bestuursverdeling. In zekere zin vormt het beginsel van de objectgebondenheid een uitwerking van het beginsel van de doelgebondenheid.

51. De objectgebondenheid van de bestuursverdeling is terug te voeren op het regelende karakter van de bestuursverdeling. Zoals gezegd, vormt de bestuursverdeling de neerslag van de regeling waarvan de wetgever aanneemt dat de deelgenoten deze in de meeste gevallen zouden overeenkomen. Het ligt niet voor de hand dat de deelgenoten aan de bestuursbevoegde deelgenoot, naast bevoegdheden over de gemeenschappelijke goederen, ook bevoegdheden zouden verlenen ten aanzien van hun privévermogen.

52. De aard van de bevoegdheidsverlening aan de bestuursbevoegde deelgenoot kan meebrengen dat hij wél de bevoegdheid krijgt om het privévermogen van de overige deelgenoten te binden. Dit is het geval als de bestuursverlening aan de bestuursbevoegde deelgenoot is gebaseerd op volmacht. De bestuursbevoegde deelgenoot vertegenwoordigt dan de overige deelgenoten. Het beginsel van de objectgebondenheid brengt dan echter mee dat de bestuursbevoegde deelgenoot de gezamenlijke deelgenoten alleen kan vertegenwoordigen voor zover het gaat om het uitoefenen van de *aan het gemeenschappelijk vermogen verbonden bevoegdheden*. Dit houdt in dat de bestuursbevoegde deelgenoot de gezamenlijke deelgenoten niet kan vertegenwoordigen in een procedure die strekt

⁵² Men zou ook kunnen zeggen dat de enige praktische beperking van de bestuursbevoegdheid van de echtgenoten is gelegen in art. 1:88 BW. Hierbij moet men wel direct vermelden dat de werking van art. 1:88 BW niet is beperkt tot het bestuur van de huwelijksgemeenschap.

tot het nemen van verhaal op het privévermogen van de gezamenlijke deelgenoten. De bestuursbevoegde deelgenoot kan de gezamenlijke deelgenoten wél vertegenwoordigen in een procedure die strekt tot het nemen van verhaal op het gemeenschapsvermogen, voor zover deze wijze van verhaal door de wetgever mogelijk is gemaakt.

3 Een uitbreiding van de bestuursverdeling; schulden van de gemeenschap

53. Op grond van art. 3:276 BW kan de schuldeiser zich verhalen op het vermogen van zijn schuldenaar. Bij de uitwinning van het vermogen van de schuldenaar geldt het beginsel van strikte identiteit. Dat wil zeggen dat alleen vermogen mag worden uitgewonnen, voor zover de persoon van de schuldenaar overeenkomt met de persoon van de gerechtigde tot het uit te winnen vermogen. Wordt niet aan deze eis voldaan, dan is – behoudens de werking van een bijzonder verhaalsrecht⁵³ – uitwinning van het vermogen niet mogelijk. Hoe strak de hand aan de eis van strikte identiteit wordt gehouden, blijkt bij de eenvoudige gemeenschap. Als één van de deelgenoten een schuld heeft, kan worden verdeeld dat art. 3:276 BW meebrengt dat het gemeenschappelijk goed door de schuldeiser kan worden uitgewonnen. Het gaat immers om een goed dat (deels) toebehoort aan de schuldenaar. Dit is echter niet de visie van de wetgever. In de ogen van de wetgever kan uitsluitend het aandeel van de deelgenoot-schuldenaar worden uitgewonnen.⁵⁴ Uitsluitend ten aanzien van dit aandeel komt de persoon van de schuldenaar volkomen overeen met de persoon van de gerechtigde tot het uit te winnen vermogen. Uitwinning van het gezamenlijke goed is ook niet mogelijk indien alle deelgenoten (hoofdelijk)⁵⁵ schuldenaar zijn. De wetgever heeft voor dit geval wél voorzien in de gelijktijdige uitwinning van alle aandelen.⁵⁶

⁵³ Zie voor een dergelijk verhaalsrecht bijv. art. 22 IW 1990, dat het bijzondere verhaalsrecht van de Ontvanger op zgn. bodemzaken regelt.

⁵⁴ MO, Parl. Gesch. Boek 3, p. 575.

⁵⁵ Vgl. NvW 1 Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1288, waar het geval wordt behandeld waarin de deelgenoten aansprakelijk zijn voor schade die ontstaat als gevolg van een gebrekkige zaak (art. 6:173 en 174 BW). Dit wordt behandeld als een geval waarin gezamenlijke uitwinning van de aandelen als bedoeld in art. 3:176 lid 3 BW mogelijk is. Voor deze schade zijn de deelgenoten ingevolge art. 6:180 BW hoofdelijk aansprakelijk.

⁵⁶ Vgl. art. 3:176 lid 3 BW, dat bepaalt dat in een dergelijk geval de koper van de aandelen niet is gehouden om aan de gemeenschap te vergoeden hetgeen de vervreemder aan de gemeenschap schuldig is. Zie voor het bijzondere geval waarin de ene deelgenoot schuldeiser van de andere deelgenoot is HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 286, waarin de Hoge Raad overweegt dat de man het aandeel van de vrouw in de voormalige echtelijke woning kan uitwinnen door het aandeel van de vrouw in die woning openbaar te verkopen onder gelijktijdige vrijwillige verkoop van zijn aandeel in die woning ten overstaan van dezelfde notaris.

54. Bij de liquidatiegemeenschappen en bij de bijzondere gemeenschappen, uitgezonderd de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw, bestaat een bijzondere categorie van schuldeisers, de zogenoemde gemeenschapsschuldeisers. Deze schuldeisers kunnen zich verhalen op de gemeenschappelijke goederen. Zo kunnen bijvoorbeeld schulden van beide echtgenoten, zowel gemeenschapsschulden als privéschulden, op de huwelijksgemeenschap worden verhaald (art. 1:95 en 96 BW). Bij de personenvennootschap kunnen tot de vennootschappelijke gemeenschap behorende schulden op de gemeenschappelijke goederen worden verhaald (art. 7:806 lid 2 BW).⁵⁷ Voor de liquidatiegemeenschappen van art. 3:189 lid 2 BW bepaalt art. 3:192 BW dat ‘tot de gemeenschap behorende schulden’ op de goederen van de gemeenschap kunnen worden verhaald. Deze bepaling heeft twee functies. Ten eerste regelt deze bepaling de voortgezette verhaalsmogelijkheid. Dat wil zeggen dat verhaal op de liquidatiegemeenschap mogelijk blijft voor gemeenschapsschulden die zijn ontstaan vóórdat de gemeenschap het karakter van een liquidatiegemeenschap heeft gekregen. Zo kunnen bijvoorbeeld schulden die op grond van art. 1:95 of 96 BW op de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap kunnen worden verhaald, ook worden verhaald op de ontbonden huwelijksgemeenschap. Ten tweede fungeert deze bepaling als vangnetbepaling voor gemeenschapsschulden die zijn ontstaan nádat de gemeenschap het karakter heeft gekregen van een liquidatiegemeenschap (de postliquidatieschulden). Veel postliquidatieschulden worden namelijk door wetsduiding gemeenschapsschulden. Men denke aan art. 4:7 BW, dat bepaalt welke schulden nalatenschapsschulden zijn. Dit zou de gedachte kunnen doen postvatten dat postliquidatieschulden die niet door de wet als gemeenschapsschulden worden bestempeld, geen gemeenschapsschulden zijn. Art. 3:192 BW bewerkstelligt dat deze schulden wél gemeenschapsschuld worden voor zover deze schulden voldoen aan het open criterium dat deze schulden ‘tot de gemeenschap behoren’. In de Memorie van Antwoord bij art. 3:192 BW wordt het voorbeeld genoemd van

‘schulden die worden aangegaan door of namens de gemeenschappelijke deelgenoten ten behoeve van het beheer van de gemeenschap, b.v. de kosten van een noodzakelijke reparatie van een tot de ontbonden huwelijksgemeenschap of nalatenschap behorende zaak.’⁵⁸

De mogelijkheid tot verhaal van gemeenschapsschulden op de gemeenschappelijke goederen roept vier vragen op. Ten eerste de vraag hoe de gemeenschappelijke goederen worden verbonden voor een gemeenschapsschuld (3.1). Ten tweede de vraag hoe tot verhaal op deze goederen kan worden gekomen (3.2). Ten derde de vraag hoe de privégoederen van een deelgenoot kunnen worden

⁵⁷ Zie voor ontbonden personenvennootschap art. 7:829 jo. art. 7:813 BW.

⁵⁸ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 627.

verbonden voor een gemeenschapsschuld (3.3). Tot slot de vraag hoe tot verhaal kan worden gekomen op de privégoederen van een deelgenoot (3.4).

3.1 *Het verbinden van de gemeenschappelijke goederen*

55. Het feit dat de gemeenschapsschuldeisers de bevoegdheid hebben om zich op het gemeenschapsgoed te verhalen, veronderstelt dat de deelgenoten de bevoegdheid hebben om deze goederen voor bepaalde schulden, de gemeenschapsschulden, te verbinden. Voor de duidelijkheid: ik bedoel hiermee *niet* de bevoegdheid van de deelgenoten om schulden aan te gaan. Die bevoegdheid vloeit voort uit de handelingsbekwaamheid van de schuldenaar. Doordat een persoon deelgenoot in een gemeenschap is, verliest hij niet zijn handelingsbekwaamheid.⁵⁹ Ik heb hier uitsluitend het oog op de bevoegdheid om de gemeenschapsgoederen voor deze schulden te verbinden.

De bevoegdheid om een goed voor schulden te verbinden, is een bevoegdheid die is verbonden aan de gerechtigdheid tot een goed. Deze is een bevoegdheid van zeer bijzondere aard. Het gaat namelijk niet om een bevoegdheid die door de rechthebbende in de eigenlijke zin des woords wordt *uitgeoefend*. In plaats daarvan is het worden verbonden van een goed voor een schuld het *directe* gevolg van het bestaan van een schuld van de rechthebbende van het goed. Op grond van art. 3:276 BW worden de goederen van de schuldenaar van rechtswege verbonden voor zijn schulden. De macht van de rechthebbende is beperkt tot de mogelijkheid om, in samenwerking met zijn schuldeiser, de gevolgen van deze regel te beperken. Zij kunnen overeenkomen dat een schuld niet verhaalbaar zal zijn op een of meerdere goederen (art. 3:276 BW).

3.1.1 *Het rechtskarakter van de bevoegdheid om een goed voor schulden te verbinden*

56. Het feit dat de mogelijkheid om een goed te verbinden voor schulden niet een bevoegdheid is die in eigenlijke zin wordt uitgeoefend, neemt niet weg dat de bevoegdheid om een goed voor een schuld te verbinden wel degelijk behoort tot de bevoegdheden die aan een goed zijn verbonden. Dit blijkt uit de regelingen van het bewind en het faillissement. Beide regelingen betreffen het vermogen van een rechtssubject. Beide regelingen beperken de rechthebbende van dit vermogen niet in zijn bevoegdheid om onaantastbare rechtshandelingen te verrichten of om anderszins schulden te doen ontstaan.⁶⁰ Beide regelingen

⁵⁹ Uitsluitend voor de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap heeft een dergelijk stelsel gegolden; zie Nuytinck 1987, p. 41 e.v. Dat dit stelsel op gespannen voet staat met het stelsel van het vermogensrecht, is onder anderen betoogd door Kleijn 1970.

⁶⁰ Bij bewind komt dit tot uitdrukking in de uitspraak dat bewind de goederen en niet de persoon van de rechthebbende van het onder bewind gestelde vermogen betreft: De Boer

voorzien wél erin dat de bevoegdheden die aan de goederen van de rechthebbende zijn verbonden, geheel of gedeeltelijk worden ontnomen en aan de bewindvoerder, respectievelijk de curator worden opgedragen. Bij het bewind wordt in elk geval het beheer van de goederen aan de bewindvoerder opgedragen (art. 1:438 lid 1 en 4:166 BW). Andere handelingen dan beheershandelingen kunnen in de regel slechts worden verricht onder voorbehoud van het bewind of met medewerking van de bewindvoerder (art. 1:438 lid 2 en 4:167 BW). Bij het faillissement verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over het tot het faillissement behorende vermogen (art. 23 Fw).

Zowel bij het bewind als bij het faillissement gaat het verlies van de bevoegdheden die aan een goed zijn verbonden, gepaard met het verlies van de mogelijkheid om deze goederen voor (bepaalde) schulden te verbinden. Tijdens het bewind kunnen de onder bewind gestelde goederen niet of slechts beperkt worden uitgewonnen voor schulden van de rechthebbende die tijdens het bewind zijn ontstaan (art. 1:440 en 4:175 BW). Hetzelfde geldt in het geval van een faillissement (art. 24 Fw). Uit het gepaard gaan van het verlies van de bevoegdheden die aan een goed zijn verbonden met het verlies van de mogelijkheid om deze goederen voor nieuwe schulden te verbinden, blijkt dat de mogelijkheid om goederen voor schulden te verbinden wel degelijk een bevoegdheid is die aan een goed is verbonden.

3.1.2 *Het bestuur van de bevoegdheid om een goed voor schulden te verbinden*

57. Het feit dat de bevoegdheid om een goed voor schulden te verbinden onder de aan een goed verbonden bevoegdheden valt, betekent dat, in elk geval conceptueel, de bevoegdheid om goederen voor schulden te verbinden onder het bestuur van dat goed valt. Daarbij moet wél direct worden vermeld dat het om een bijzonder gedeelte van het bestuur gaat. Hierboven heb ik beschreven dat de wettelijke bestuursverdeling in het algemeen van regelend recht is en dat deze moet worden beschouwd als een weerslag van de vrijheid van de deelgenoten om de aan de goederen verbonden bevoegdheden door middel van een machtiging of een volmacht te verdelen.⁶¹ Deze vrijheid hebben de deelgenoten niet ten aanzien van de bevoegdheid om de gemeenschapsgoederen voor schulden te verbinden. De deelgenoten kunnen deze bevoegdheid niet door middel van een machtiging of een volmacht uitoefenen. Zij kunnen art. 3:276 BW niet opzij zetten. De deelgenoten kunnen alleen hun privévermogen, waaronder hun aandeel in de gemeenschap is begrepen, verbinden. Handelen de deelgenoten gezamen-

2002, nr. 1127, Nuytinck 2006, nr. 254, Van Mourik 2006b, nr. 330. Vgl. ook Blankman 2004, p. 75 en 76. Zie voor het faillissement Pannevis 2008, p. 62 e.v.

⁶¹ Zie nr. 33 en 34.

lijk, dan worden wel de gezamenlijk aandelen in het goed verbonden. Hieruit volgt echter niet dat het gemeenschappelijke goed zelf wordt verbonden. De schuldeiser van de gezamenlijke deelgenoten kan niet het gemeenschappelijke goed uitwinnen, maar enkel alle aandelen van de deelgenoten in het gemeenschappelijke goed.⁶² Het verschil tussen uitwinning van de gezamenlijke aandelen van de deelgenoten en uitwinning van het gemeenschappelijke goed zelf, wordt duidelijk zodra bijvoorbeeld één van de deelgenoten zijn deel van de schuld betaalt of failliet wordt verklaard. In het eerste geval kan zijn aandeel niet meer worden uitgewonnen, in het tweede geval valt zijn aandeel in zijn faillissement en kan het uitsluitend via het faillissement worden uitgewonnen.

Het voorgaande wil echter niet zeggen dat de deelgenoten de gemeenschappelijke goederen nooit voor schulden kunnen verbinden. Dit is wel mogelijk, maar alleen voor zover de wet hiertoe de mogelijkheid schept. Dit is het geval bij de bijzondere gemeenschappen en de liquidatiegemeenschappen. Bij deze gemeenschappen moet onder het bestuur *in ruime zin* tevens worden begrepen de bevoegdheid om, door het doen ontstaan van *bepaalde* schulden, de gemeenschapsgoederen voor schulden te verbinden.⁶³

58. Hoewel het hier gaat om een uitbreiding van de bestuursbevoegdheid op grond van de wet, zijn de grondvormen van machtiging en volmacht ook hier terug te vinden. In sommige gevallen wordt de weg van de machtiging gevolgd en verbindt de handelende deelgenoot alleen zichzelf. Desondanks is een dergelijke schuld wél verhaalbaar op het gemeenschappelijke vermogen en uiteraard op het privévermogen van de handelende deelgenoot. Een dergelijke schuld is niet verhaalbaar op het privévermogen van de overige deelgenoten. Voorbeelden van gemeenschappen waarbij de deelgenoten op basis van machtiging de gemeen-

⁶² Vgl. art. 3:176 BW; zie ook nr. 53.

⁶³ Deze verklaring voor de bevoegdheid om een goed te verbinden voor gemeenschaps-schulden werd reeds voorgesteld door Suijling 1940, nr. 144. Zijn verklaring is bestreden door Smits 1969, p. 130-133. Het bezwaar van Smits komt er in de kern op neer dat de grond voor de gebondenheid van het vennootschapsvermogen is gelegen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennoten. Smits wil niet accepteren dat 'de beherende vennoot bij een V.O.F., buiten vertegenwoordiging van de *personen* der vennoten om en buiten de aansprakelijkheid van *hun* goederen voor *hun* persoonlijke verbintenissen, als een soort bewindvoerder, die over het vennootschapsvermogen is aangesteld, dit vermogen voor de door hem bevoegdlijk aangeane verbintenissen rechtstreeks kan verbinden.'

Deze mogelijkheid *moet* echter wel worden geaccepteerd, nu de Hoge Raad heeft aanvaard dat de commanditaire vennootschap met een beherend vennoot een gemeenschappelijk vermogen heeft; zie HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 327, m.nt. J.M.M. Macijer (*Hovuma/Spreeuwenberg*). Dit vermogen komt gedeeltelijk toe aan de commanditaire vennoten. Dit vermogen wordt nu juist verbonden *zonder dat de commanditaire vennoten worden vertegenwoordigd*. Het voordeel van de theorie van Suijling is bovendien dat de toepasselijkheid van de theorie niet is beperkt tot de personenvennootschappen. Integendeel, deze theorie laat zich op alle gemeenschapsvormen toepassen.

schapsgoederen voor gemeenschapsschulden kunnen verbinden, zijn de huwelijksgemeenschap en de gemeenschap van een nalatenschap.⁶⁴ In andere gevallen wordt de vorm van volmacht gekozen en verbindt de handelende deelgenoot de gemeenschap (lees: de gezamenlijke deelgenoten). Een dergelijke schuld is verhaalbaar op het gemeenschappelijke vermogen van de deelgenoten. Een dergelijke schuld kan ook leiden tot aansprakelijkheid in privé van de deelgenoten. Een voorbeeld hiervan is de openbare personenvennootschap.

59. De bevoegdheid om de gemeenschapsgoederen voor schulden te verbinden kan uiteraard ook privaat, cumulatief en collectief worden verdeeld. De wet volgt niet in alle gevallen de bevoegdheidsverdeling zoals deze bestaat ten aanzien van de overige bevoegdheden die aan een goed zijn verbonden. Neem het voorbeeld van de huwelijksgemeenschap. Voor de meeste aan een goed verbonden bevoegdheden geldt hier een privaat bestuur. Voor de mogelijkheid om de goederen van de gemeenschap te verbinden geldt echter cumulatief bestuur. Hierboven heb ik al besproken dat voor verschillende bevoegdheden soms een verschillende bestuursvorm geldt.⁶⁵

3.2 *Het verhaal op de gemeenschappelijke goederen*

60. De bij sommige gemeenschappen bestaande mogelijkheid om de gemeenschapsgoederen voor schulden te verbinden, doet de vraag rijzen hoe dit verhaalsrecht kan worden geëffectueerd. Bij de beantwoording van deze vraag is het van belang om de twee manieren in het oog te houden waarop de gemeen-

⁶⁴ Vgl. voor de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap art. 1:95 en 96 BW. Bij de nalatenschap kan een erfgenaam de goederen van de nalatenschap bijv. verbinden door in eigen naam de lijkbezorging van de overledene te regelen. In dat geval is uitsluitend de erfgenaam die de lijkbezorging heeft geregeld, aansprakelijk. Voor deze schuld kan de begrafenisondernemer verhaal nemen op de nalatenschap en het privévermogen van de handelende erfgenaam. Hij kan geen verhaal nemen op het privévermogen van de overige erfgenamen. Dat de begrafenisondernemer verhaal kan nemen op de handelende erfgenaam, volgt rechtstreeks uit art. 3:276 BW. Dat de begrafenisondernemer verhaal kan nemen op de nalatenschap, volgt uit art. 4:7 lid 1, aanhef en onder b, BW. Dit artikel bestempelt de kosten van lijkbezorging als een schuld van de nalatenschap, waarvoor krachtens art. 4:184 lid 1 BW verhaal kan worden genomen op de nalatenschap. Dat geen verhaal kan worden genomen op het privévermogen van de overige erfgenamen, volgt uit art. 4:184 lid 2, aanhef en onder a, BW. Dit artikel bepaalt dat ook de erfgenaam die zuiver heeft aanvaard, slechts is gehouden een schuld van de nalatenschap ten laste van zijn eigen vermogen te voldoen als die schuld op hem rust. Art. 4:184 lid 2, aanhef en onder a, BW drukt dit uit door allereerst te bepalen dat de erfgenaam die zuiver heeft aanvaard, de plicht heeft schulden van de nalatenschap ten laste van zijn eigen vermogen te voldoen. Het artikellid laat hierop echter de woorden volgen: 'behalve voor zover de schuld niet op hem rust (...)'. Met die woorden doelt art. 4:184 lid 2, aanhef en onder a, BW op de aansprakelijkheid van de erfgenaam voor de schuld, hetgeen hier neerkomt op de vraag of de erfgenaam partij is bij de overeenkomst, hetgeen niet het geval is. Vgl. Kolkman 2006, p. 254 en 255.

⁶⁵ Zie nr. 35-39.

schapsgoederen voor gemeenschapsschulden kunnen worden verbonden. De eerste manier waarop een gemeenschapsgoed voor een schuld kan worden verbonden, is doordat de handelende deelgenoot optreedt krachtens volmacht van ‘de gemeenschap’. Hij verbindt door dit optreden niet slechts zichzelf, maar alle deelgenoten gezamenlijk voor de schuld. De tweede manier waarop een gemeenschapsgoed voor een schuld kan worden verbonden, is door een machtiging. De handelende deelgenoot verbindt door zijn handelen zijn eigen vermogen en het gemeenschappelijke vermogen.

3.2.1 *Goederen verbonden krachtens volmacht*

61. Op het eerste gezicht lijkt de situatie dat ‘de gemeenschap’ is vertegenwoordigd en als gevolg daarvan een goed voor een schuld van ‘de gemeenschap’ is verbonden, weinig problemen op te leveren. Verhaal kan eenvoudigweg worden genomen door tegen ‘de gemeenschap’, dat wil zeggen de gezamenlijke deelgenoten, een procedure te beginnen om vervolgens verhaal te nemen op grond van de executoriale titel die deze procedure oplevert.

62. Toch is deze situatie niet zo simpel als zij lijkt. ‘De gemeenschap’ is namelijk geen rechtssubject. Het is daarom de vraag hoe de aansprakelijkheid van ‘de gemeenschap’ moet worden geduid. De meest voor de hand liggende verklaring is dat een schuld van de gemeenschap moet worden begrepen als een schuld van de deelgenoten. Dit verklaart echter niet waarom voor een dergelijke schuld de gemeenschappelijke goederen kunnen worden uitgewonnen. Hierboven heb ik al beschreven dat aansprakelijkheid van alle deelgenoten slechts resulteert in de uitwinbaarheid van alle aandelen in de gemeenschap en niet in de uitwinbaarheid van de gemeenschappelijke goederen.⁶⁶ Het is daarom de vraag in hoeverre de situatie waarin ‘de gemeenschap’ is vertegenwoordigd, verschilt van de situatie waarin de deelgenoten allen aansprakelijk zijn voor een schuld.

63. De verklaring moet zijn dat het vertegenwoordigen van ‘de gemeenschap’ leidt tot gemeenschappelijke aansprakelijkheid van alle deelgenoten. Hiermee doel ik niet op een pluraliteit van schuldenaren als bedoeld in art. 6:6 e.v. BW. Van een pluraliteit van schuldenaren is sprake als één prestatie door twee of meer schuldenaren is verschuldigd. Dit geeft twee mogelijkheden: ofwel de schuldenaren zijn ieder voor een deel verbonden, ofwel de schuldenaren zijn hoofdelijk verbonden. Deze aansprakelijkheid is echter in beide gevallen een individuele aansprakelijkheid die de gebondenheid van het gemeenschapsvermogen niet verklaart. Immers, ook bij hoofdelijke aansprakelijkheid van alle deelgenoten in een eenvoudige gemeenschap kunnen slechts de aandelen van de afzonderlijk deelgenoten worden uitgewonnen en niet het gemeenschappelijke

⁶⁶ Zie nr. 53.

goed als geheel.⁶⁷ Gemeenschappelijke aansprakelijkheid leidt tot een ander gevolg. Bij gemeenschappelijke aansprakelijkheid is de prestatie niet door twee of meer schuldenaren verschuldigd, maar is de prestatie door twee of meer schuldenaren *gezamenlijk* verschuldigd. Het belang van deze gezamenlijke aansprakelijkheid is gelegen in het feit dat de gemeenschappelijke aansprakelijkheid van de deelgenoten overeenkomt met hun gemeenschappelijke gerechtigdheid tot de gemeenschappelijke goederen. Dit betekent dat wordt voldaan aan de eis van strikte identiteit tussen de aansprakelijke persoon en de rechthebbende tot het uit te winnen vermogen. Op basis van art. 3:276 BW is uitwinning van de gemeenschappelijke goederen mogelijk.⁶⁸

64. Het in rechte betrekken van alle deelgenoten gezamenlijk kan op praktische problemen stuiten. De schuldeiser moet alle deelgenoten traceren en hij moet even zoveel exploitanten uitbrengen als er deelgenoten zijn. In een aantal gevallen komt de wet hem tegemoet. Voor de al dan niet ontbonden gemeenschap van een personenvennootschap, de gemeenschap van een nalatenschap en de al dan niet ontbonden gemeenschap van een rederij kent de wet voorschriften die betekening van het exploitatiedagvaarding aan elke afzonderlijke deelgenoot overbodig maken. Art. 51, 53 en 58 Rv maken dat, onder de voorwaarden van die artikelen, kan worden volstaan met één exploitatiedagvaarding. Bovendien behoeven in het exploitatiedagvaarding ten laste van de gezamenlijke deelgenoten in een openbare vennootschap niet alle namen van de afzonderlijke vennoten te worden genoemd.⁶⁹ Hetzelfde geldt onder de voorwaarden van art. 53 Rv bij een gemeenschap van een nalatenschap.

3.2.2 Goederen verbonden krachtens machtiging

65. Is een gemeenschapsgoed verbonden op grond van een op de bestuursverdeling gebaseerde machtiging, dan worden de gemeenschappelijke deelgenoten geen schuldenaar van de vordering. Zij zijn hiervoor niet aansprakelijk. Het is dan ook in beginsel niet mogelijk om tegen hen een procedure te beginnen die tot een executoriale titel tegen hen allen moet leiden. Verhaal op het gemeenschapsgoed op basis van een dergelijke executoriale titel is dan ook niet mogelijk. Dit werpt de vraag op hoe wel tot verhaal op de gemeenschapsgoederen kan worden gekomen. Om deze vraag te beantwoorden, maak ik een vergelijking met het geval waarin verhaal kan worden genomen op goederen van een ander dan de schuldenaar zonder dat sprake is van een gemeenschap. De wijze waarop in dat geval verhaal kan worden genomen, is ook relevant indien een gemeen-

⁶⁷ Zie nr. 53.

⁶⁸ Voor de personenvennootschappen bepaalt art. 7:806 BW dit ten overvloede.

⁶⁹ Zie over de naam waaronder de openbare vennootschap in rechte kan optreden nr. 196-201.

schappelijk goed krachtens machtiging is verbonden voor een schuld van een deelgenoot (of een derde).

Het verhaal op een goed van een ander dan de schuldenaar

66. Uit het beginsel van strikte identiteit vloeit voort dat in beginsel alleen verhaal kan worden genomen op goederen van de schuldenaar. Deze goederen zijn op basis van art. 3:276 BW verbonden voor zijn schulden. Op deze hoofdregel bestaat een belangrijke uitzondering. Een goed kan namelijk ook voor een schuld worden verbonden doordat de wet een bijzonder verhaalsrecht schept. In dat geval kan een schuld van een ander dan de rechthebbende worden verhaald op het goed. Van een bijzonder verhaalsrecht is bijvoorbeeld sprake bij het bodemrecht van de Ontvanger (art. 22 IW 1990) en bij het recht van de retentor om zich op de teruggehouden zaak te verhalen, ook al behoort deze tot het vermogen van een ander dan zijn wederpartij (art. 3:290, 291 en 292 BW).

67. Dat op dergelijke goederen beslag kan worden gelegd, is reeds in de rechtspraak van de Hoge Raad uitgemaakt.⁷⁰ Het is echter de vraag op basis van welke executoriale titel vervolgens tot executie van deze goederen kan worden overgegaan. Noch een executoriale titel tegen de schuldenaar, noch een executoriale titel tegen de rechthebbende van de goederen ligt bijzonder voor de hand. De schuldenaar is immers geen rechthebbende van de goederen en de tenuitvoerlegging van een tegen hem verkregen executoriale titel botst met het beginsel van strikte identiteit. De rechthebbende is geen schuldenaar van de vordering, zodat een veroordeling tot betaling van de vordering niet tegen hem kan worden verkregen.

68. Bij de beantwoording van de vraag op basis van welke executoriale titel verhaal kan worden genomen op de goederen van een ander dan de schuldenaar, is het bepaalde in art. 435 lid 2 en 3 Rv van belang.⁷¹ Deze artikelliden zijn van toepassing als beslag wordt gelegd op een goed dat is verbonden op basis van een bijzonder verhaalsrecht. Deze artikelliden maken onderscheid tussen het geval waarin op een dergelijk goed beslag wordt gelegd ten laste van de rechthebbende van dit goed (lid 2), en het geval waarin dat beslag wordt gelegd ten laste van de schuldenaar (lid 3). Uit de toelichting op het artikel wordt duidelijk wanneer sprake is van een beslag ten laste van de rechthebbende van het goed en wanneer sprake is van een beslag ten laste van de schuldenaar. Van een beslag ten laste van de rechthebbende is sprake als het beslag wordt gelegd op basis van een executoriale titel waarbij de rechthebbende is veroordeeld de executie te

⁷⁰ HR 29 juni 1979, *NJ* 1980, 346, m.nt. B. Wachter (*Odupon*).

⁷¹ Vgl. ook art. 708 Rv, dat voor het conservatoire beslag een met art. 435 lid 2 en 3 Rv overeenkomstige bepaling bevat.

dulden.⁷² Van een beslag ten laste van de schuldenaar is sprake als het beslag wordt gelegd op basis van een tegen de schuldenaar verkregen executoriale titel tot betaling van de schuld.⁷³

Uit deze toelichting lijkt te volgen dat op basis van twee executoriale titels verhaal kan worden genomen op een goed dat kan worden uitgewonnen voor een schuld van een ander dan de rechthebbende, te weten de veroordeling van de rechthebbende om de executie van zijn goed te dulden en de veroordeling van de schuldenaar tot betaling. Dit roept de vraag op of de schuldeiser moet beschikken over beide executoriale titels of dat één van beide titels voldoende is. Om deze vraag te beantwoorden onderzoek ik of één van beide titels voldoende basis vormt voor het verhaal op een goed dat kan worden uitgewonnen voor de schuld van een ander dan de rechthebbende.

De executoriale titel om de executie te dulden

69. Zoals gezegd, lijkt de enkele executoriale titel houdende de veroordeling van de rechthebbende om de executie van zijn goed te dulden, voldoende basis voor de executie van dat goed.⁷⁴ Deze conclusie lijkt mij onjuist. Het lijkt mij juist dat voor derden de verplichting bestaat om de executie van hun goederen te dulden als die goederen zijn verbonden op basis van een bijzonder verhaalsrecht. Het lijkt mij eveneens juist dat de nakoming van deze verplichting door middel van een executoriale titel kan worden afgedwongen. Het lijkt mij echter onjuist om aan te nemen dat deze verplichting al bestaat voordat executie tegen de schuldenaar is geoorloofd. Immers, ook de verplichting van de schuldenaar om executie van zijn vermogen te dulden, ontstaat pas als hij wordt veroordeeld tot betaling aan de schuldenaar. Mij lijkt dat ook pas op dat moment de verplichting voor derden ontstaat om executie van hun goederen krachtens een bijzonder verhaalsrecht te dulden. Een andere opvatting leidt ertoe dat de verplichting voor derden om de executie te dulden, eerder zou ontstaan dan de verplichting van de schuldenaar om deze te dulden.

Tegen de opvatting dat de enkele veroordeling tot het dulden van de executie voldoende is, kan ook nog een praktisch bezwaar worden ingebracht. Zelfs als wordt aangenomen dat deze opvatting juist is, dan nog zal in de praktijk de procedure waarin de veroordeling van de rechthebbende tot het dulden van de executie wordt gevorderd, uitmonden in een procedure tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Om een veroordeling tot het dulden van de executie te verkrijgen, zal de schuldeiser immers moeten stellen dat (1) een derde een schuld aan hem heeft en (2) voor deze schuld het goed van een gedaagde, op basis van een bij-

⁷² MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 91.

⁷³ Vgl. VV II Inv en MvA II Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 92.

⁷⁴ Zo bijv. Oudelaar 2001, p. 38.

zonder verhaalsrecht, is verbonden. De gedaagde zal zowel de eerste als de tweede stelling kunnen weerspreken.⁷⁵ Om de eerste stelling effectief te weerspreken, zal de gedaagde echter behoefte hebben aan processuele bijstand van de schuldenaar. Om deze af te dwingen, zal hij deze in vrijwaring kunnen oproepen (art. 210 Rv).⁷⁶ Nu het hier gaat om een zakelijke vrijwaring, mag de schuldenaar de hoofdzaak van de rechthebbende overnemen (art. 212 Rv). Dit leidt tot een procedure tussen de schuldeiser en de schuldenaar.

70. Een laatste argument waaruit volgt dat executie van een goed dat is verbonden op basis van een bijzonder verhaalsrecht, niet mogelijk is op grond van de enkele veroordeling van de rechthebbende van dit goed om de executie te gedogen, is dat het beginnen van een procedure tegen de rechthebbende van een goed, om executie van dit goed op grond van een bijzonder verhaalsrecht mogelijk te maken, riekt naar misbruik van bevoegdheid in de zin van het, hieronder nog te bepreken, arrest Schuring/Sweelinck Conservatorium.⁷⁷ Welk in rechte te respecteren belang bestaat er voor de schuldeiser om wél een procedure tegen de rechthebbende te beginnen en niet tegen de schuldenaar zelf?

71. Mijn conclusie is dan ook dat de veroordeling om de executie te dulden pas kan worden verkregen als de schuldenaar is veroordeeld tot betaling.⁷⁸ De schuldeiser kan dan stellen (1) dat hij de bevoegdheid heeft om voor een bepaalde schuld tot executie over te gaan en (2) voor deze schuld het goed van de derde, op basis van een bijzonder verhaalsrecht, is verbonden. Door overlegging van het vonnis waarin de schuldenaar is veroordeeld, kan de schuldeiser aantonen dat hij bevoegd is om te executeren. De enige vraag die dan nog rest, is of het te executeren goed werkelijk, op basis van een bijzonder verhaalsrecht, voor de schuld is verbonden. Wél lijkt het mij mogelijk dat de schuldeiser, voordat hij een executoriale titel tegen de schuldenaar heeft, de voorwaardelijke veroordeling van de rechthebbende om te gehangen en te gedogen vordert (art. 3:296 lid 2 BW).

Tenuitvoerlegging van de veroordeling tot betaling van de schuldenaar tegen derden

72. Art. 435 lid 3 Rv ziet op de mogelijkheid dat beslag wordt gelegd op basis van de veroordeling tot betaling van de schuldenaar. Het is daarom de vraag of deze veroordeling ook daadwerkelijk op het vermogen van een ander dan de schuldenaar kan worden ten uitvoer gelegd. In de literatuur wordt wel betoogd

⁷⁵ Zo ook Oudelaar 2001, p. 38.

⁷⁶ Zo ook Oudelaar 2001, p. 38.

⁷⁷ HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 267, m.nt. W.H. Heemskerk (*Schuring/Sweelinck Conservatorium*).

⁷⁸ Zo ook Mijnsen 2003, p. 50-51.

dat zulks niet mogelijk is, nu de rechthebbende niet bij de totstandkoming van deze veroordeling betrokken is geweest en de uitspraak hem niet bindt.⁷⁹

73. Dat het wél mogelijk is om een executoriale titel ten uitvoer te leggen tegen een persoon die geen partij is geweest in de procedure die tot die executoriale titel heeft geleid, blijkt uit het arrest Schuring/Sweelinck Conservatorium.⁸⁰ Aan dit arrest ligt de koop van een kraakpand in Amsterdam ten grondslag. Het pand wordt gekocht van Noorlander Beheer BV (verder: Noorlander) door de stichting Sweelinck Conservatorium (verder: Sweelinck). Na de koop vordert Sweelinck dat Noorlander wordt veroordeeld het pand geheel ontruimd op te leveren. Rechtbank en hof wijzen de vordering van Sweelinck toe. Zij veroordelen Noorlander het pand

‘in feitelijke macht en het bezit geheel over te dragen (...) en daartoe dit onroerend goed met alle zich daarop en daarin bevindende personen en roerende goederen te verlaten en te ontruimen’,

Met deze veroordeling slaat Sweelinck twee vliegen in één klap, aangezien deze het mogelijk maakt om niet alleen Noorlander maar ook de krakers uit het pand te ontruimen.⁸¹

74. Eén van de krakers, Schuring, wenst zich niet bij deze mogelijkheid neer te leggen. Hij stelt dat hij door de executoriale titel in zijn rechten wordt geschonden en stelt derdeverzet in. Om te voorkomen dat hij ondertussen wordt ontruimd, vordert hij in kort geding staking van de executie. Zowel de rechtbank als het hof weigeren deze voorziening en Schuring gaat in cassatie. Hij voert aan dat de veroordeling tot ontruiming niet tegen anderen kan worden ten uitvoer gelegd dan tegen Noorlander en ‘de zijnen’.⁸² De Hoge Raad verwierpt dit standpunt van Schuring. Bij zijn oordeel maakt de Hoge Raad onderscheid tussen twee gevolgen van een vonnis, het gezag van gewijsde en de executoriale kracht van een vonnis. De Hoge Raad oordeelt dat de ontruimingsveroordeling weliswaar tegen Schuring geen gezag van gewijsde heeft, maar dat dit niet be-

⁷⁹ Van deze strekking Mijnsen 2003, p. 50-51.

⁸⁰ HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 267, m.nt. W.H. Heemskerk (*Schuring/Sweelinck Conservatorium*).

⁸¹ Voor een goed begrip van de zaak is het belangrijk om te vermelden dat op het tijdstip speelde, de regeling van art. 4 lid 1, aanhef en onder 12°, (oud) Rv (thans art. 45 lid 3 en 61 Rv) nog niet bestond. Deze regeling werd pas ingevoerd in de Leegstandswet en trad op 1 januari 1987 in werking (KB 20 oktober 1986, *Stb.* 526). Vóór de inwerkingtreding van deze regeling was het niet mogelijk om anonieme krakers tot ontruiming te dagvaarden. Het is niet onmogelijk dat de koopovereenkomst is gesloten met het doel om een executoriale titel tot ontruiming op te leveren.

⁸² Zie voor het begrip ‘de zijnen’ HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 561, m.nt. W.H. Heemskerk (*Hiep/Amro*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat onder ‘de zijnen’ vielen: alle personen die als deel van de krakersgroep kunnen worden aangemerkt. Met andere woorden: die personen die in een relevante relatie tot de veroordeelde staan.

let dat de veroordeling wel tegen hem kan worden ten uitvoer gelegd. De Hoge Raad overweegt:

‘In het stelsel van de wet ligt opgesloten dat een executoriale titel, voor wat betreft de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging, in beginsel ook jegens derden die daarbij geen partij waren, binnen de grenzen die in het gegeven geval worden gesteld door de formulering van de veroordeling en door de uit de wet voortvloeiende regels, werking heeft. Dit strookt met art. 71, 86, 432, 444a, 444b, 456, 474c lid 5-7, 474g lid 2, 475-479f, 490d en 538-543 Rv, in onderling verband gelezen. Voor de wijze waarop derden tegen de tenuitvoerlegging van een zodanige titel kunnen opkomen, gelden blijkens deze artikelen naar gelang van het geval uiteenlopende regels.’

75. Vervolgens beantwoordt de Hoge Raad de vraag in hoeverre het uitlokken van een veroordeling die leidt tot ontruiming van derden die niet in de procedure zijn betrokken, in strijd kan komen met de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde of als misbruik van bevoegdheid kan worden aangemerkt.

76. De Hoge Raad oordeelt dat een dergelijke handelwijze niet in strijd is met de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde, omdat de derde, indien hij zou worden geschonden in een eigen recht, voldoende mogelijkheden heeft om zich tegen de tenuitvoerlegging te verzetten. De Hoge Raad wijst hierbij op de mogelijkheid van een executiekortgeding.

77. Het verkrijgen van een executoriale titel om die vervolgens tegen een derde ten uitvoer te leggen, kan volgens de Hoge Raad wel misbruik van bevoegdheid opleveren. Hiervan kan, aldus de Hoge Raad, onder meer sprake zijn als de overeenkomst die aan de veroordeling ten grondslag lag, een schijnhandeling is, die uitsluitend tot doel had om in het belang van de verkoper tot ontruiming te komen of indien deze weg slechts is gevolgd teneinde de betreffende derden niet in het geding te hoeven betrekken, terwijl er geen in redelijkheid te respecteren belang hierbij bestond.

78. Uit het arrest Schuring/Sweelinck Conservatorium volgt dat het mogelijk is om een veroordeling tot betaling van de schuldenaar ten uitvoer te leggen op goederen die aan een derde toebehoren en die krachtens een bijzonder verhaalsrecht voor de schuld zijn verbonden. Het feit dat de derde niet in de procedure tegen de schuldenaar is betrokken, doet hieraan niet af. Er is geen sprake van strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde, nu de derde op basis van art. 435 lid 3 Rv zich tegen de executie kan verzetten door een schriftelijke mededeling aan de deurwaarder en bovendien de weg van het executiekortgeding voor hem openstaat.

Verhaal op een gemeenschapsgoed

79. Het voorgaande is ook relevant als gemeenschapsgoederen krachtens machtiging zijn verbonden voor gemeenschapsschulden. Ook in dat geval doet zich de situatie voor dat de persoon van de schuldenaar niet overeenstemt met de persoon van de rechthebbende van het uit te winnen goed. Ook dan bestaat op basis van de wet een bijzonder verhaalsrecht op de goederen. Dit betekent dat de schuldeiser een executoriale titel tegen de deelgenoot-schuldenaar moet verkrijgen. Deze titel kan hij vervolgens ten uitvoer leggen op de gemeenschapsgoederen. De overige deelgenoten zijn in beginsel verplicht deze executie te dulden. Zo nodig kunnen zij met een executoriale titel worden gedwongen deze verplichting na te leven. Zij kunnen zich tegen de executoriale titel waarin de deelgenoot-schuldenaar tot betaling wordt veroordeeld, verzetten door middel van het derdenverzet.⁸³

3.3 *Het verbinden van de privégoederen van de deelgenoten*

80. Het is mogelijk dat naast de gemeenschapsgoederen óók het privévermogen van een deelgenoot verbonden is voor gemeenschapsschulden. Om de vraag te beantwoorden of en, zo ja, hoe deze goederen verbonden raken, is het wederom nodig om onderscheid te maken tussen het geval dat de bestuursbevoegde deelgenoot handelt op basis van machtiging en het geval dat hij handelt op basis van volmacht.

3.3.1 *Het verbinden van de privégoederen van een deelgenoot voor gemeenschapsschulden die zijn ontstaan op basis van machtiging*

81. De bestuursbevoegde deelgenoot die de gemeenschapsgoederen verbindt op basis van machtiging, handelt naar buiten toe niet anders dan hij zou handelen als hij voor zichzelf handelt. Dit betekent dat hij zelf schulden aangaat. Het verhaal op de gemeenschapsgoederen is alleen het gevolg van het bijzondere verhaalsrecht dat de wet aan deze schulden verbindt. Het mag dan ook niet verbazen dat deze deelgenoot, op basis van art. 3:276 BW, door zijn optreden ook zijn privégoederen verbindt.

3.3.2 *Het verbinden van de privégoederen van een deelgenoot voor gemeenschapsschulden die zijn ontstaan op basis van volmacht*

82. De vraag of een bestuursbevoegde deelgenoot die optreedt op basis van volmacht, de privévermogens van de deelgenoten bindt, is een vraag die moeilijker is te beantwoorden dan de vraag of een bestuursbevoegde deelgenoot die optreedt op basis van machtiging, dit doet. Het probleem is dat, als een be-

⁸³ HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 192 (*Zavatta/Uggeri*) en HR 11 juli 2003, *NJ* 2004, 570, m.nt. H.J. Snijders (*Van Kaam/Kantorengemeenschap*).

stuursbevoegde deelgenoot handelt in naam van de gemeenschappelijke deelgenoten, twee beginselen met elkaar in botsing komen. Dit zijn het beginsel van de objectgebondenheid van de bestuursverdeling en het beginsel van art. 3:276 BW.

83. Het beginsel van de objectgebondenheid van de bestuursverdeling houdt in dat de deelgenoten de bestuursbevoegde deelgenoot alleen bestuursmacht geven over de gemeenschappelijke goederen, niet over hun privégoederen.⁸⁴ Dit betekent dat, op basis van de volmacht die aan het optreden van de bestuursbevoegde deelgenoot ten grondslag ligt, binding van het privévermogen van de deelgenoten in beginsel niet mogelijk is. Het beginsel van art. 3:276 BW houdt in dat verhaal op alle goederen van de schuldenaar mogelijk is. Op basis van dit beginsel is verhaal juist op alle goederen mogelijk. Bij de beantwoording van de vraag welk van deze twee beginselen de doorslag moet geven, moet onderscheid worden gemaakt tussen het geval dat de gemeenschap geen gemeenschapsschulden kent en het geval waarin de gemeenschap die wel kent.

84. Indien de gemeenschap geen gemeenschapsschulden kent, bestaat geen ruimte voor de opvatting dat het beginsel van de objectgebondenheid meebrengt dat een deelgenoot die optreedt op basis van een volmacht, het privévermogen van de deelgenoten niet bindt. Immers, dit zou ertoe leiden dat de wederpartij van deze deelgenoot wordt verstoken van enige verhaalsmogelijkheid. Willen de deelgenoten het doel dat wordt beoogd met de verlening van de volmacht, bereiken, dan zullen zij moeten accepteren dat de bestuursbevoegde deelgenoot hun vermogen kan binden.

85. In het geval dat de gemeenschap wél gemeenschapsschulden kent, bestaat wél enige ruimte voor de opvatting dat het beginsel van de objectgebondenheid meebrengt dat een deelgenoot die optreedt op basis van een volmacht, het privévermogen van de deelgenoten niet bindt. De wederpartij blijft immers niet van iedere mogelijkheid van verhaal verstoken, nu de schuld van de gemeenschappelijke deelgenoten moet worden gekwalificeerd als een gemeenschapsschuld, waarvoor verhaal op de gemeenschappelijke goederen mogelijk is. In een aantal gevallen heeft de wetgever de knoop doorgehakt. Voor het privévermogen van de gewone vennoten in de gemeenschap van een personenvennootschap geldt dat dit vermogen wordt gebonden door het optreden van een bestuursbevoegde deelgenoot (art. 7:813 lid 1 BW). Iets dergelijks geldt op basis van art. 8:181 BW voor de leden van een rederij. Voor het privévermogen van een commanditaire vennoot geldt het omgekeerde (art. 7:837 BW). Hierbij is van belang dat de commanditaire vennoten voor de wederpartij van een commanditaire vennootschap onbekend zijn. Voor de ontbonden huwelijksgemeen-

⁸⁴ Zie nr. 50-52.

schap en de gemeenschap van een nalatenschap ontbreken dergelijke regels. Hier moet aan de hand van het verbintenissenrecht worden bepaald of de (gewezen) echtgenoten respectievelijk de erfgenamen voor een schuld aansprakelijk zijn.

Verhouding van de aansprakelijkheid van de deelgenoten

86. Het antwoord op de vraag of de deelgenoten ieder voor een gedeelte of hoofdelijk verbonden zijn, hangt in beginsel af van het antwoord op de vraag of de verschuldigde prestatie deelbaar is of niet (art. 6:6 BW). Is de prestatie deelbaar, dan zijn de individuele deelgenoten ieder voor een gelijk gedeelte aansprakelijk. Is zij ondeelbaar, dan geldt hoofdelijkheid. Van deze regels kan door de wet worden afgeweken. Dit is het geval bij de openbare personenvennootschap. Hier geldt op grond van art. 7:813 BW hoofdelijkheid. Een andere afwijking wordt gevormd door art. 8:181 BW bij de rederij. Dit artikel schrijft voor dat leden van de rederij ieder naar rato van hun aandeel in het schip aansprakelijk zijn.

Samenlopende vorderingsrechten

87. Een bijzonder verschijnsel doet zich voor ingeval de wederpartij heeft gecontracteerd met de gezamenlijke deelgenoten in een gemeenschap waarbij de wet de deelgenoten de bevoegdheid geeft om door gezamenlijk te handelen de goederen van de gemeenschap voor schulden te verbinden. De Hoge Raad omschrijft dit verschijnsel bij de vennootschap onder firma aldus dat de schuldeiser van de vennootschap onder firma twee samenlopende vorderingsrechten heeft.⁸⁵ Ten eerste is er het vorderingsrecht tegen de deelgenoten gezamenlijk. Zij zijn gezamenlijk een prestatie verschuldigd. Hier zijn de regels van een pluraliteit van schuldenaren niet van toepassing. Dit vorderingsrecht kan geldend worden gemaakt in een procedure waarin een bestuursbevoegde vennoot voor de gezamenlijke vennoten optreedt. Ten tweede is er het vorderingsrecht tegen de gezamenlijke deelgenoten. Op dit vorderingsrecht zijn de regels van een pluraliteit van schuldenaren wel van toepassing. Dit vorderingsrecht kan alleen geldend worden gemaakt in een procedure waarin de vennoten zelf optreden. Dat wil zeggen een procedure tegen hen in privé.

3.4 Verhaal op een privégoed voor een gemeenschapsschuld

88. Ingeval een deelgenoot gemeenschapsschulden doet ontstaan op basis van volmacht respectievelijk machtiging, is het mogelijk dat voor deze schuld

⁸⁵ HR 18 december 1959, *NJ* 1960, 121, m.nt. L. Hijmans van den Bergh (*De Gouw/De Hamer*), HR 9 mei 1969, *NJ* 1969, 307, m.nt. L. Hijmans van den Bergh (*RLB/La Neuchateloise*) en HR 13 december 2002, *NJ* 2004, 212, m.nt. H.J. Snijders (*Hitz/Theunissen*).

verhaal bestaat op het privévermogen van één of meer deelgenoten. In beide gevallen is het de vraag hoe dit verhaal moet worden vormgegeven. Kan de schuldeiser een executoriale titel die is verkregen tegen de deelgenoten gezamenlijk, ook ten uitvoer leggen tegen de individuele deelgenoten of moet hij een afzonderlijke executoriale titel tegen de deelgenoten verkrijgen? Bij de beantwoording van deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin de bestuursbevoegde deelgenoot een gemeenschapsschuld heeft doen ontstaan op grond van machtiging en het geval waarin hij dit heeft gedaan op grond van volmacht.

3.4.1 Verhaal op het privégoed van een deelgenoot op grond van een gemeenschapsschuld die is ontstaan op grond van machtiging

89. Is een gemeenschapsschuld ontstaan als gevolg van het gebruik van een machtiging, dan is het niet mogelijk om een executoriale titel tegen de gemeenschap te verkrijgen.⁸⁶ Verhaal op de gemeenschap vindt plaats op grond van een executoriale titel tegen de bestuursbevoegde deelgenoot in privé. Dat op grond van deze executoriale titel verhaal op zijn privévermogen mogelijk is, is evident.

3.4.2 Verhaal op het privégoed van een deelgenoot op grond van een gemeenschapsschuld die is ontstaan op grond van volmacht

90. In het geval waarin een gemeenschapsschuld is ontstaan op grond van volmacht, speelt wél de vraag op welke wijze verhaal moet worden genomen op het privévermogen van de deelgenoten. Het beginsel van de objectgebondenheid brengt mee dat de bestuursbevoegde deelgenoot de gezamenlijke deelgenoten alleen kan vertegenwoordigen voor zover het gaat om het uitoefenen van de aan het gemeenschappelijk vermogen verbonden bevoegdheden. Dit betekent dat de bestuursbevoegde deelgenoot de gezamenlijke deelgenoten in beginsel niet kan vertegenwoordigen in een procedure voor zover deze procedure strekt tot het mogelijk maken van verhaal op het privévermogen van de gezamenlijke deelgenoten. In een dergelijke procedure moeten de deelgenoten dus zelf optreden.

91. Op deze regel bestaat één uitzondering. De bestuursbevoegde deelgenoot kan de gezamenlijke deelgenoten wél vertegenwoordigen in een procedure, naar aanleiding waarvan verhaal op het privévermogen van de gezamenlijke deelgenoten mogelijk wordt, voor zover deze procedure *noodzakelijk* is om het doel van de bestuursverdeling, het doel van de gemeenschap, te bereiken. Dit is in het geval dat de gemeenschap geen gemeenschapsschulden kent. Stel dat in een eenvoudige gemeenschap de bestuursbevoegde deelgenoot van de gezamenlijke deelgenoten volmacht heeft gekregen hen te vertegenwoordigen. Hij heeft deze volmacht gekregen om te trachten een gemeenschappelijk goed te revindi-

⁸⁶ Zie nr. 65-79.

ceren. Voor het voeren van deze procedure is het noodzakelijk dat de bestuursbevoegde deelgenoot de gezamenlijke deelgenoten wel zover kan vertegenwoordigen dat verhaal op hun vermogen op basis van een eventuele kostenveroordeling mogelijk is.

92. Uit het feit dat de bestuursbevoegde deelgenoot niet bevoegd is de deelgenoten te vertegenwoordigen in een procedure die tot doel heeft om verhaal op het privévermogen van de deelgenoten mogelijk te maken, volgt dat een executoriale titel die is verkregen in een procedure die is gevoerd met het uitsluitende doel om verhaal op de gemeenschappelijke goederen mogelijk te maken, niet op het privévermogen van de gezamenlijke deelgenoten ten uitvoer kan worden gelegd. In het kader van de vennootschap onder firma betekent dit dat een executoriale titel die is verkregen in een procedure die is gevoerd door de vennootschap, niet ten uitvoer kan worden gelegd op het privévermogen van de vennoten.⁸⁷ Het feit dat een vonnis dat op een dergelijke manier is verkregen, geen gezag van gewijsde heeft tegen de vennoten in privé,⁸⁸ kan op dezelfde wijze worden verklaard. Iets dergelijks zou zich ook kunnen voordoen bij de gemeenschap van een nalatenschap. Krachtens art. 4:145 lid 2 BW vertegenwoordigt de executeur de erfgenamen in en buiten rechte. Hieruit volgt ook dat procedures die betrekking hebben op de nalatenschap, in naam van de executeur moeten worden gevoerd.⁸⁹ Zou een schuldeiser van de nalatenschap door het voeren van een procedure tegen de executeur een veroordelend vonnis tegen de erfgenamen verkrijgen, dan kan dit vonnis alleen op de nalatenschap en niet op het privévermogen van de erfgenamen ten uitvoer worden gelegd. Dit is uiteraard anders als de schuldeiser zowel de executeur in zijn hoedanigheid als de erfgenamen in privé heeft aangesproken.

93. Op het beginsel dat een executoriale titel die verhaal op de gemeenschappelijke goederen mogelijk maakt, niet op het privévermogen van een deelgenoot ten uitvoer kan worden gelegd, maakt voor de rederij art. 623 Rv een uitzondering. Dit artikel luidt:

‘Een vonnis verkregen tegen de rederij of tegen de boekhouder als zodanig kan op het gemeenschappelijke vermogen van de leden der rederij ten uitvoer worden gelegd en daarnaast voor ieders aandeel op het overige vermogen van die leden die ten dage dat de vordering, voor welke beslag wordt gelegd, is ontstaan, leden der rederij waren.’

⁸⁷ HR 18 december 1959, *NJ* 1960, 121, m.nt. L. Hijmans van den Bergh (*De Gouw/De Hamer*) en HR 9 mei 1969, *NJ* 1969, 307, m.nt. L. Hijmans van den Bergh (*RLB/La Neu-chateloise*).

⁸⁸ HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 327, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Hovuma/Spreeuwenberg*).

⁸⁹ Rb. Rotterdam 22 maart 2006, *LJN* AV7605, *NJF* 2006, 583.

Hiermee wordt het mogelijk om een vonnis waarbij de leden van de rederij geen partij zijn, op hun privévermogen ten uitvoer te leggen. De wetgever wijkt hiermee af van het beginsel van de objectgebondenheid van de bestuursverdeling. Het artikel is ingevoerd bij de invoering van Boek 8 BW. Als toelichting op het artikel wordt vermeld:

‘Het artikel bepaalt tevens uitdrukkelijk, dat een veroordeling der rederij ook tegen ieder lid daarvan, doch slechts voor zijn deel, ten uitvoer kan worden gelegd. Dit lag niet in de bedoeling van de vroegere wetgever (...), doch verdient de voorkeur boven de omslachtige weg, die de crediteur zonder een dergelijke bepaling moet volgen: executoir-verklaring van het tegen de rederij gewezen vonnis t.a.v. ieder der leden daarvan.’⁹⁰

Hier gaat de toelichting wel heel kort door de bocht. Uiteraard is het eenvoudiger voor de schuldenaar om de executorialie titel die tegen de rederij is verkregen, direct op het privévermogen van de deelgenoten ten uitvoer te kunnen leggen. Hierbij wordt echter het beginsel losgelaten dat tenuitvoerlegging niet mogelijk is zonder dat eerst de aansprakelijkheid van de schuldenaar is vastgesteld. Het is goed mogelijk dat een lid van de rederij een persoonlijk verweer heeft, dat met zich brengt dat een vordering tegen hem niet kan worden toegewezen. Als voorbeeld kan het geval dienen dat hij zich op verrekening kan beroepen.

94. Een lid van de rederij op wiens privévermogen een vonnis ten uitvoer wordt gelegd dat tegen de rederij is gewezen, zal zich door middel van een executiekortgeding tegen deze tenuitvoerlegging moeten verweren. Het feit dat hij, wat betreft zijn privévermogen, geen partij is geweest bij dat vonnis, betekent dat de rechter in het executiekortgeding niet is gebonden aan de beperkingen waaraan hij zou zijn gebonden in het geval waarin een vonnis tegen het lid van de rederij persoonlijk is verkregen.⁹¹ Zo heeft het vonnis dat tegen de rederij is gewezen, geen gezag van gewijsde tegen de leden van de rederij persoonlijk.⁹² Daarmee gaat het executiekortgeding dienen als een verkapte procedure in eerste aanleg tegen het lid van de rederij. Of zo de met art. 623 Rv beoogde eenvoud wordt bereikt, waag ik te betwifelen.

4 Afgescheiden vermogen

95. Het is gebruikelijk om onderscheid te maken tussen gemeenschappen die wél en die niet een afgescheiden vermogen hebben.⁹³ Het leerstuk van het afgescheiden vermogen is in het kader van dit proefschrift relevant, aangezien

⁹⁰ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 979, nr. 3, p. 122.

⁹¹ Vgl. HR 11 juli 2003, *NJ* 2004, 570, m.nt. H.J. Snijders (*Van Kaam/Kantorengemeenschap*).

⁹² Vgl. HR 13 december 2002, *NJ* 2004, 212, m.nt. H.J. Snijders (*Hitz/Theunissen*).

⁹³ Zie in het algemeen Perrick 2007, nr. 449 en t.a.v. de vennootschap onder firma Maeijer 1995, nr. 14.

aan dit leerstuk procesrechtelijke consequenties worden verbonden. De term afgescheiden vermogen heeft evenwel geen geheel vaststaande betekenis. Primair wordt met deze term bedoeld dat bepaalde crediteuren, de zogenoemde gemeenschapsschuldeisers, zich op de gemeenschap kunnen verhalen. Bij dit verhaal behoeven zij niet te concurreren met privécrediteuren van de deelgenoten.⁹⁴ Ik zou dit aspect van het begrip afgescheiden vermogen willen aanduiden als *afgescheiden verhaalsvermogen*. Met de term afgescheiden vermogen wordt ook nog op een ander, ruimer, fenomeen gedoeld, namelijk op een zekere onafhankelijkheid van het gemeenschappelijk vermogen ten aanzien van de deelgenoten. Ik zou deze onafhankelijkheid *afgescheiden vermogen in ruime zin* willen noemen. Hieronder ga ik in op het leerstuk van het afgescheiden vermogen. Ik doe dit aan de hand van twee vragen, te weten de vraag wanneer het fenomeen zich voordoet en de vraag hoe het fenomeen te verklaren is. Ik zal daarbij allereerst het door mij gemaakte onderscheid tussen afgescheiden vermogen in ruime zin en afgescheiden verhaalsvermogen toelichten en aantonen dat het eerste fenomeen zich eerder voordoet dan het tweede (4.1). Vervolgens ga ik nader in op het leerstuk van het afgescheiden vermogen in ruime zin (4.2) en dat van het afgescheiden verhaalsvermogen (4.3). Voor de goede orde wijs ik erop dat het fenomeen afgescheiden vermogen ook buiten de gemeenschap voorkomt. Zo vormen een nalatenschap met slechts één erfgenaam⁹⁵ en een onder bewind gesteld vermogen⁹⁶ ook een afgescheiden vermogen. Aangezien dit buiten het bereik van dit proefschrift valt, ga ik hierop verder niet in.

4.1 *Onbalans in het afgescheiden vermogen*

96. Zoals gezegd, wordt het begrip afgescheiden vermogen in het kader van de gemeenschap met name gebruikt in de betekenis van afgescheiden verhaalsvermogen. Uit de definitie van het afgescheiden verhaalsvermogen blijkt al dat dit zich alleen aan de passieve zijde van de gemeenschap kan voordoen. Van een afgescheiden verhaalsvermogen kan alleen sprake zijn als voor de gemeenschapsschuldeisers de mogelijkheid bestaat om zich op de gemeenschappelijke goederen te verhalen, terwijl de privéschuldeisers van de deelgenoten zich niet op de aandelen van de deelgenoten in de gemeenschappelijke goederen kunnen verhalen, althans als zij daarbij de gemeenschapsschuldeisers moeten laten voorgaan. Hiervan is alleen sprake bij de gemeenschap van een personenvennootschap, de gemeenschap van een rederij, de gemeenschap van een nalatenschap en bij de overige liquidatiegemeenschappen.

⁹⁴ Zie bijv. ten aanzien van de personenvennootschappen Maeijer 1995, nr. 173 en Mohr 1998, p. 96.

⁹⁵ Art. 4:224 BW.

⁹⁶ HR 11 september 1992, NJ 1992, 730 (*Caspers q.q./Rijpma q.q.*).

97. Het feit dat slechts een beperkt aantal gemeenschappen een afgescheiden verhaalsvermogen heeft, wil niet zeggen dat bij de overige gemeenschappen de gemeenschap niet een zekere onafhankelijke positie verkrijgt, een positie die niet geheel samenvalt met de positie van de individuele deelgenoten. Dit is aan te tonen door middel van het voorbeeld van verrekening in het kader van een eenvoudige gemeenschap. Stel dat tot een gemeenschap tussen A, B en C een vordering behoort van 900 op X. Op zijn beurt heeft X 300 van A te vorderen. Volgens art. 6:127 BW is verrekening mogelijk als twee partijen over en weer schuldeiser en schuldenaar zijn, de te vorderen prestatie beantwoordt aan de schuld en beide partijen bevoegd zijn zowel om hun schuld te betalen, als om betaling van hun vordering af te dwingen.⁹⁷ Art. 6:127 lid 3 BW maakt een uitzondering op de verrekeningsbevoegdheid voor het geval dat de schuld en de vordering in van elkaar gescheiden vermogens vallen. Kijkt men naar art. 6:127 lid 3 BW, dan komt men tot de conclusie dat verrekening mogelijk is.⁹⁸ Immers, de eenvoudige gemeenschap kent geen afgescheiden vermogen. Deze gevolgtrekking is onjuist. In dit voorbeeld is de actieve zijde van de gemeenschap in het spel. Aangezien de vordering deel uitmaakt van een gemeenschap, hebben A, B en C één gemeenschappelijk vorderingsrecht (art. 6:15 lid 2 BW). Hiermee wordt verrekening uitgesloten, nu geen sprake is van wederkerig schuldeiserschap. Tegenover het *gemeenschappelijke* vorderingsrecht van A, B en C op X, staat het vorderingsrecht van X op A. Dit betekent dat noch X, noch A zich op verrekening kan beroepen.⁹⁹ Uit dit voorbeeld blijkt hoe diffuus het begrip afgescheiden vermogen is. Het voorbeeld toont aan dat van een afgescheiden vermogen in ruime zin eerder sprake is dan van een afgescheiden verhaalsvermogen.

98. Voor de goede orde merk ik nog op dat verrekening in dit voorbeeld ook niet wenselijk zou zijn. Door verrekening zou de relatie tussen A, B en C worden verstoord. Door een beroep op verrekening zou A of X in feite verdeling van de gemeenschap afdwingen. Daartoe zijn zij in beginsel bevoegd (art. 3:178 lid 1 en 180 lid 1 BW), maar het beroep op verrekening heeft verdere gevolgen dan het afdwingen van verdeling alleen. Door het beroep op verdeling dwingt A of X af dat de gemeenschap op een *bepaalde wijze* wordt verdeeld, namelijk door toedeling van een derde van de vordering aan A in privé, en twee derde aan B en C. Dit is in strijd met het beginsel dat de wijze van verdeling van de gemeenschap is overgelaten aan *alle* bij de verdeling betrokken partijen gezamen-

⁹⁷ Zie over de verrekening Hartkamp 2004b, nr. 528 e.v. en Faber 2005.

⁹⁸ Vgl. Lokin 1983, p. 221 die kritiek levert op de regeling van de verrekening.

⁹⁹ Dat het hier om een gewilde consequentie gaat, blijkt uit TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 129, waar Meijers een dergelijk voorbeeld opvoert en de mogelijkheid van verrekening afwijst. Zie ook Faber 2005, nr. 29 e.v.; vgl. ook Hartkamp 2004b, nr. 533, waar Hartkamp lijkt te zeggen dat verrekening in deze omstandigheden niet mogelijk is. In nr. 132 laat hij deze vraag uitdrukkelijk in het midden. Zie ook Rb. Dordrecht 18 juli 2007, *LJN* BB0219.

lijk (art. 3:182 BW). Daarbij komt, dat deze gedwongen verdeling mogelijk de rechten van B en C inkort. Zij kunnen immers vorderen dat schulden die voor rekening van de gemeenschap komen, eerst worden voldaan (art. 3:178 lid 2 BW). Zij kunnen ook verlangen dat hetgeen A aan de gemeenschap schuldig is, op het aandeel van A wordt toegerekend (art. 3:184 BW). Bij dit alles geldt ook nog eens dat de bevoegdheid om te verrekenen een bevoegdheid is die aan het gemeenschappelijke goed, de vordering, is verbonden. Dit betekent dat de beslissing om te verrekenen toekomt aan A, B en C gezamenlijk en niet aan A persoonlijk.¹⁰⁰

4.2 *Afgescheiden vermogen in ruime zin*

99. Met afgescheiden vermogen in ruime zin bedoel ik dat de gemeenschap, het gezamenlijk vermogen, een zekere zelfstandigheid verkrijgt ten opzichte van de rechthebbenden van dit vermogen, de deelgenoten. Deze zelfstandigheid kan tweevoudig zijn. Ten eerste kan de zelfstandigheid betrekking hebben op het onderscheid tussen de individuele deelgenoten en de gezamenlijke deelgenoten (4.2.1). Ten tweede kan het onderscheid betrekking hebben op het onderscheid tussen de gezamenlijke deelgenoten en de gezamenlijke deelgenoten in hun gemeenschappelijk verband (4.2.2). Het afgescheiden vermogen in ruime zin mag echter niet worden verward met een volledig afgescheiden vermogen. Het afgescheiden vermogen in ruime zin heeft namelijk geen, althans nauwelijks, betrekking op de passieve zijde van het gemeenschappelijk vermogen (4.2.3).

4.2.1 *Individuele deelgenoten – gezamenlijke deelgenoten*

100. De zelfstandigheid van het gemeenschappelijk vermogen vloeit voort uit het feit dat de gemeenschappelijke goederen aan meerdere personen toebehoren. Als gevolg daarvan komen de aan het goed verbonden bevoegdheden niet aan de individuele deelgenoten toe. In plaats daarvan komen zij aan de gezamenlijke deelgenoten toe. Op dezelfde manier rusten de verplichtingen die op de rechthebbende van een goed rusten, niet op een individuele deelgenoot, maar op de gezamenlijke deelgenoten. Hieruit volgt dat er naast het vermogen van de deelgenoten een nieuw – samengesteld – vermogen ontstaat. Dit vermogen omvat de bevoegdheden die aan de gemeenschappelijke goederen zijn verbonden, en de verplichtingen die op de rechthebbenden van dit gezamenlijk vermogen rusten.

101. Ten opzichte van dit nieuwe – samengestelde – vermogen nemen de individuele deelgenoten een positie in die niet verschilt van de positie van een willekeurige derde. Neem het voorbeeld van het beschikken over het gezamenlijke goed. Alleen de gezamenlijke deelgenoten kunnen over het goed beschikken. Een beschikkingshandeling van een individuele deelgenoot heeft net zo min

¹⁰⁰ Vgl. t.a.v. de liquidatiegemeenschap Hartkamp & Sieburgh 2008, nr. 132.

rechtsgevolg als de beschikkingshandeling van een willekeurige derde. Iets dergelijks geldt voor een verplichting die aan het gemeenschappelijke goed is verbonden. Het recht legt deze verplichting op de gezamenlijke deelgenoten. De verplichting om mee te werken aan een erfafscheiding (art. 5:46 BW) vormt een nadere uitwerking van het eigendomsrecht en rust dus op de deelgenoten gezamenlijk. Deze verplichting kan alleen jegens de gezamenlijke deelgenoten geldend worden gemaakt.¹⁰¹ Zowel in het geval van een gemeenschappelijk recht als in het geval van een gemeenschappelijke verplichting vormen de gezamenlijke deelgenoten dus een samengestelde partij die moet worden onderscheiden van de individuele deelgenoten. Dit onderscheid heeft tot gevolg dat het gemeenschappelijke vermogen trekken krijgt van een afgescheiden vermogen.

102. Het feit dat de deelgenoten ten opzichte van het gemeenschappelijke vermogen een positie innemen die niet verschilt van de positie van een willekeurige derde, maakt dat de deelgenoten twee hoedanigheden krijgen. Naast de hoedanigheid van individuele persoon verkrijgen zij ook de gezamenlijke hoedanigheid van de gezamenlijke deelgenoten. Van deze twee hoedanigheden moet een derde hoedanigheid, die van de bestuursbevoegde deelgenoot, worden onderscheiden.

103. In de hoedanigheid van individuele deelgenoot kan de deelgenoot de aan de gemeenschappelijke goederen verbonden bevoegdheden niet gebruiken. Evenmin kan een aan de gemeenschappelijke goederen verbonden verplichting jegens hem geldend worden gemaakt. De deelgenoten kunnen in hun gemeenschappelijke hoedanigheid van rechthebbende op het gemeenschappelijk vermogen deze bevoegdheden wél uitoefenen. Op dezelfde manier kunnen de aan de gemeenschappelijke goederen verbonden verplichtingen jegens hen geldend worden gemaakt. Daarnaast bestaat de hoedanigheid van bestuursbevoegde deelgenoot. Dit is een hoedanigheid die een deelgenoot verkrijgt die door de bestuursverdeling bestuursbevoegd wordt gemaakt. Het is van groot belang om onderscheid te maken tussen de hoedanigheid van bestuursbevoegde deelgenoot en individuele deelgenoot. In de eerste hoedanigheid kan de deelgenoot immers, mits hij handelt overeenkomstig het doel van de gemeenschap, de aan de gemeenschappelijke goederen verbonden bevoegdheden gebruiken. Op dezelfde manier kunnen jegens de bestuursbevoegde deelgenoot, binnen de grenzen van de bestuursverdeling, de aan de goederen verbonden verplichtingen geldend worden gemaakt. In de hoedanigheid van individuele deelgenoot, kan de deelgenoot de aan de goederen verbonden bevoegdheden niet gebruiken. Evenmin kunnen aan de goederen verbonden bevoegdheden tegen hem geldend worden gemaakt.

¹⁰¹ Zie nr. 161-164 voor mijn betoog over het gedwongen strijdgenootschap dat bestaat voor dit type verplichtingen.

4.2.2 *Gezamenlijke deelgenoten – gezamenlijke deelgenoten in hun gemeenschappelijk verband*

104. Naast deze drie hoedanigheden kan nog een vierde hoedanigheid worden onderscheiden, namelijk de hoedanigheid van de gezamenlijke deelgenoten *in hun gemeenschappelijk verband*. Er bestaat een verschil tussen het enkele gezamenlijk handelen van de deelgenoten A, B en C en hun gezamenlijk handelen binnen het kader van de gemeenschap.

105. Dit onderscheid doet zich in beginsel bij alle gemeenschappen voor en is een uitvloeisel van de bestuursverdeling. Hierboven heb ik uiteengezet dat de bestuursbevoegde deelgenoot als gevolg van de bestuursverdeling de aan een gemeenschappelijk goed verbonden bevoegdheden kan uitoefenen. De bestuursmacht van de bestuursbevoegde deelgenoot wordt echter beperkt door de beginselen van doel- en objectgebondenheid. Dit betekent dat de bestuursbevoegde deelgenoot op grond van de bestuursverdeling alleen maar rechtsgevolgen in het leven kan roepen als hij handelt in overeenstemming met het doel van de gemeenschap. Bovendien kunnen deze rechtsgevolgen alleen de gemeenschappelijke goederen en niet de privégoederen van de deelgenoten betreffen. Deze beperking geldt niet voor het optreden van de deelgenoten gezamenlijk. Als de deelgenoten gezamenlijk optreden, dan kunnen zij handelen in strijd met het doel van de gemeenschap.¹⁰² Bovendien kan hun optreden gevolgen hebben voor hun privévermogen.

Neem het voorbeeld dat tussen de deelgenoten A, B en C een beheersovereenkomst is gesloten. Deze overeenkomst maakt B bevoegd het beheer over de gemeenschappelijke goederen te voeren. Stel dat deze overeenkomst is gebaseerd op een volmacht. B kan dan een tot de gemeenschap behorende vordering op X innen. Hij kan echter geen afstand van de vordering doen, aangezien dat niet met het doel van de gemeenschap in overeenstemming is. Daaraan doet niet af dat B de deelgenoten A, B en C vertegenwoordigt en dat A, B en C, als zij gezamenlijk zouden handelen, wél afstand van de vordering kunnen doen. Hier ziet men het onderscheid tussen A, B en C in hun gezamenlijk verband enerzijds en de gezamenlijke deelgenoten A, B en C anderzijds. Het onderscheid is dus in beginsel alleen van belang voor zover de gezamenlijke deelgenoten op basis van de bestuursverdeling worden vertegenwoordigd.

106. Hoewel het onderscheid tussen de gezamenlijke deelgenoten en de gezamenlijke deelgenoten in hun gemeenschappelijk verband zich bij alle gemeenschappen voordoet, is het onderscheid het meest van belang bij de gemeen-

¹⁰² Uiteraard geldt dit niet voor de mogelijkheid om de goederen van de gemeenschap voor hun schulden te verbinden. Dit is een bevoegdheid die door de wet wordt gegeven. Hier kunnen de deelgenoten niet afwijken van het doel van de gemeenschap.

schappen waarbij een gemeenschapsschuld op de gemeenschappelijke goederen kan worden verhaald. Dit komt doordat een gemeenschapsschuld weliswaar ontstaat op basis van de bestuursverdeling, maar de bestuursverdeling op dit punt uitsluitend is gebaseerd op de wet en niet op de vrije wil van de deelgenoten. Dit betekent dat de deelgenoten alleen een gemeenschapsschuld kunnen doen ontstaan voor zover zij handelen in overeenstemming met het doel van de gemeenschap. Bij de personenvennootschappen is dit het geval als in naam van de personenvennootschap wordt gehandeld en bovendien wordt gehandeld overeenkomstig het doel van de personenvennootschap. Bij de gemeenschap van een nalatenschap is dit het geval als overeenkomstig het doel van de nalatenschap wordt gehandeld, dat wil zeggen dat een schuld wordt aangegaan die wordt genoemd in art. 4:7 BW. De deelgenoten kunnen niet door het enkel gezamenlijk optreden een gemeenschapsschuld doen ontstaan. Kopen de gezamenlijke deelgenoten in een gemeenschap van een nalatenschap een zeiljacht, dan wordt de vordering tot betaling van de koopprijs geen gemeenschapsschuld.

4.2.3 Geen passieve zijde van het vermogen

107. Het feit dat alle gemeenschappen een afgescheiden vermogen in ruime zin hebben, leidt niet ertoe dat elke gemeenschap een echt afgescheiden vermogen verkrijgt. Het afgescheiden vermogen in ruime zin doet zich namelijk alleen voor aan de actieve zijde van het gemeenschappelijke vermogen. Aan de passieve zijde van het vermogen doet een dergelijk fenomeen zich alleen voor bij de gemeenschappen waarbij een gemeenschapsschuld op de gemeenschappelijke goederen kan worden verhaald. Dit blijkt wel uit het feit dat in een eenvoudige gemeenschap voor schulden van de deelgenoten, ook als de prestatie door alle deelgenoten is verschuldigd, alleen de aandelen van de deelgenoten in de gemeenschappelijke goederen kunnen worden uitgewonnen.¹⁰³

4.3 Afgescheiden verhaalsvermogen

108. Het afgescheiden verhaalsvermogen ziet, in tegenstelling tot het afgescheiden vermogen in ruime zin, op de passieve zijde van het gemeenschappelijke vermogen. Het gaat om de mogelijkheid van de gemeenschapsschuldeisers om zich op het gemeenschappelijk vermogen te verhalen, zonder daarbij te hoeven concurreren met de privé-schuldeisers van de deelgenoten. In de meeste gevallen waarin een gemeenschap een afgescheiden verhaalsvermogen heeft, kan het uitblijven van concurrentie tussen de gemeenschapsschuldeisers en de privé-schuldeisers van de deelgenoten worden verklaard door het verbod voor de privé-schuldeisers om zich op aandelen in de gemeenschappelijke goederen te ver-

¹⁰³ Zie nr. 53.

halen.¹⁰⁴ Dit verbod is echter geworteld in een fundamentele oorzaak van de verhaalsvoorrang van de gemeenschapsschuldeisers, namelijk in het verschil in verhaalsobject dat ter beschikking staat van de gemeenschapsschuldeisers en de privéschuldeisers. De gemeenschapsschuldeisers kunnen zich verhalen op het gemeenschappelijke goed, terwijl de privéschuldeisers zich alleen kunnen verhalen op het aandeel daarin. Hieronder zal ik deze twee redenen voor de verhaalsvoorrang van de gemeenschapsschuldeisers bespreken. Ik begin met verhaalsvoorrang die wordt veroorzaakt door het verschil in verhaalsobject (4.3.1). Deze vorm van verhaalsvoorrang noem ik de eerste vorm van verhaalsvoorrang. Daarna behandel ik het verbod voor de gemeenschapsschuldeisers om zich op het gemeenschappelijke goed te verhalen (4.3.2). Deze vorm van verhaalsvoorrang duid ik aan als de tweede vorm van verhaalsvoorrang.

4.3.1 Eerste vorm van verhaalsvoorrang

109. De eerste vorm van verhaalsvoorrang doet zich uitsluitend voor bij de liquidatiegemeenschappen van art. 3:189 lid 2 BW. In deze gemeenschappen is het de privéschuldeiser van een deelgenoot toegestaan om het aandeel van zijn deelgenoot-schuldenaar in een gemeenschappelijk goed uit te winnen, mits hij hiervoor toestemming van de overige deelgenoten heeft (art. 3:190 lid 1 BW). Wint de privéschuldeiser met toestemming van de overige deelgenoten het aandeel van zijn deelgenoot-schuldenaar in een gemeenschappelijk goed uit, dan ontstaat een nieuwe gemeenschap. Deze gemeenschap omvat uitsluitend het goed waarin een aandeel is uitgewonnen. Dit goed behoort toe aan de executiekoper en de overige deelgenoten. De gemeenschapsschuldeisers van de oorspronkelijke gemeenschap kunnen zich hierop niet meer verhalen.¹⁰⁵

110. De bevoegdheid van de privéschuldeiser om met toestemming van de overige deelgenoten het aandeel van zijn deelgenoot-schuldenaar uit te winnen, schept de mogelijkheid van gelijktijdige executie van het aandeel door een privéschuldeiser en het goed door een gemeenschapsschuldeiser. In dat geval moet worden aangenomen dat uitsluitend de gemeenschapsschuldeiser zich kan verha-

¹⁰⁴ Vgl. bijv. art. 3:190 en 7:806 lid 1 BW.

¹⁰⁵ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 624, Perrick 1996, nr. 373, Perrick 2007, nr. 40, Van Mourik 2006a, nr. 27, Wammes 1988, p. 87 en Perrick 1986, nr. 30. Anders: Schoordijk 1983, p. 95, noot 10. Wel is het zo dat de executiekoper het aandeel verkrijgt onder de last om aan de gemeenschap te vergoeden hetgeen de deelgenoot wiens aandeel is geëxecuteerd, aan de gemeenschap schuldig was (art. 3:176 lid 2 BW). Heeft de deelgenoot wiens aandeel is geëxecuteerd, nog niet voldaan aan zijn draagplicht ter zake van gemeenschapsschulden, dan zal de executiekoper deze bijdrage moeten doen. Daarnaast kan bij de gemeenschap van een nalatenschap de nalatenschapsschuldeiser een beroep doen op art. 4:184 lid 3 BW. De toestemming van de overige deelgenoten leidt er immers toe dat de deelgenoot wiens aandeel wordt uitgewonnen, in feite een uitkering uit de gemeenschap krijgt. Deze uitkering heeft ertoe geleid dat zijn schuld aan zijn schuldeiser wordt verminderd.

len. Deze vorm van ‘voorrang’ kan worden verklaard uit het verschil in beslag-object tussen de gemeenschapsschuldeiser en de privéschuldeiser. De gemeenschapsschuldeiser verhaalt zich immers op het gemeenschapsgoed, terwijl de privéschuldeiser zich verhaalt op een aandeel daarin. In beslagrechtelijke zin is dit niet hetzelfde goed, aldus de Hoge Raad in het arrest LISV/Grifhorst.¹⁰⁶ In dit arrest oordeelt de Hoge Raad over het rechtskarakter van een aandeel in een gemeenschappelijk goed. Een aandeel is, volgens de Hoge Raad,

‘een vermogensrecht van andere aard dan de eigendom van tot de gemeenschap behorende zaken.’¹⁰⁷

Dit recht moet los worden gezien van het eigendomsrecht van het goed zelf. Het aandeel krijgt hiermee een duaal karakter. In het ene opzicht moet het los worden gezien van het eigendomsrecht zelf. Anderzijds kan niet worden ontkend dat het aandeel een deel van het eigendomsrecht vormt.

111. De executierechtelijke consequentie van dit alles is dat, aangezien op twee verschillende goederen beslag is gelegd, geen sprake is van cumulatie van beslag. De executie van het gemeenschappelijke goed kan dus geschieden zonder te worden gehinderd door het beslag op een aandeel in dat goed. De gemeenschapsschuldeiser behoeft de opbrengst van dit goed ook niet te delen met de privéschuldeiser. Immers, de privéschuldeiser is geen schuldeiser die op het goed beslag heeft gelegd in de zin van art. 480 Rv. Omgekeerd kan de executie van het aandeel in het goed geen doorgang vinden.¹⁰⁸ Beslag op het gemeenschappelijke goed blokkeert immers niet alleen beschikkingshandelingen ten aanzien van het gemeenschappelijke goed, maar ook beschikkingshandelingen ten aanzien van een aandeel in het goed. Is eenmaal de executie van het gemeenschappelijke goed voltooid, dan kan het beslag op het aandeel in dit goed niet langer tot executie leiden. Het aandeel behoort immers niet langer aan de deelgenoot-schuldenaar.¹⁰⁹ Wel zal het beslag op grond van zaaksvervanging blijven rusten op het aandeel van de deelgenoot in een eventueel executieoverschot (art. 455a en 507a Rv jo. art. 3:167 BW).¹¹⁰

¹⁰⁶ HR 30 maart 2001, *NJ* 2002, 380, m.nt. H.J. Snijders (*LISV/Grifhorst*). Zie ook HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 26, *Ars Aequi* 2009, 116, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*X en Y/Ontvanger*).

¹⁰⁷ Vgl. ook Wammes 1988, p. 37 e.v., die tot eenzelfde conclusie komt als de Hoge Raad.

¹⁰⁸ Vgl. Van Hemel 1998, p. 323.

¹⁰⁹ Voor zover beslag is gelegd op een aandeel in een onroerende zaak, kan bovendien worden verdedigd dat het beslag op grond van art. 526 Rv jo. art. 3:273 BW vervalt.

¹¹⁰ Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 597, waar wordt opgemerkt dat op grond van art. 3.9.1.3 (thans art. 3:229 BW) de hypotheekhouder ten gunste van wie een hypotheek op een aandeel in een onroerende zaak is gevestigd, na de verdeling een pandrecht heeft op een vordering tot overbedeling.

112. Deze vorm van verhaalsvoorrang vloeit, zoals gezegd, voort uit de mogelijkheid om het gemeenschappelijke goed uit te winnen. Deze mogelijkheid vloeit op haar beurt voort uit de mogelijkheid van de deelgenoten om de gemeenschappelijke goederen voor schulden te verbinden. De rechtvaardiging van deze vorm van verhaalsvoorrang moet dan ook worden gezocht in de beweegredenen van de wetgever om de deelgenoten de bevoegdheid te geven de gemeenschappelijke goederen voor schulden te verbinden. Deze beweegredenen zijn vaak niet expliciet weergegeven. In de regel zal het erop neerkomen dat de wetgever een (impliciete) afweging heeft gemaakt tussen de belangen van de privé-schuldeisers bij de mogelijkheid van ongehinderd verhaal en de belangen van de deelgenoten en de gemeenschapsschuldeisers bij de mogelijkheid om de gemeenschapsgoederen voor gemeenschapsschulden te verbinden. Bij deze afweging zal het doel van de gemeenschap steeds een grote rol hebben gespeeld. De gemeenschappen waarbij de deelgenoten de mogelijkheid hebben om de goederen van de gemeenschap voor gemeenschapsschulden te verbinden, dienen steeds hetzij een zwaarwegend moreel belang,¹¹¹ hetzij een zwaarwegend economisch belang.¹¹²

4.3.2 *Tweede vorm van verhaalsvoorrang*

113. De tweede vorm van verhaalsvoorrang gaat ogenschijnlijk verder dan de eerste vorm. Is het bij de eerste vorm van verhaalsvoorrang nog mogelijk dat de gemeenschapsschuldeiser en de privé-schuldeiser ‘concurreren’, bij de tweede vorm is dit niet meer het geval. Bij deze vorm van verhaalsvoorrang wordt de privé-schuldeiser het recht ontzegd om zich te verhalen op het aandeel van zijn deelgenoot-schuldenaar in een gemeenschappelijk goed. Deze vorm van verhaalsvoorrang doet zich voor bij de bijzondere gemeenschappen en de liquidatiegemeenschap van een personenvennootschap. Deze vorm van verhaalsvoorrang doet zich ook voor bij de overige liquidatiegemeenschappen van art. 3:189 lid 2 BW, zij het dat de deelgenoten hier de privé-schuldeiser wel toestemming kunnen geven voor uitwinning van het aandeel van zijn deelgenoot-schuldenaar in een gemeenschappelijk goed.

114. Op het eerste gezicht lijkt deze vorm van verhaalsvoorrang een grote inkorting van de rechten van de privé-schuldeisers. Men wordt immers zelfs de mogelijkheid ontnomen om met de gemeenschapsschuldeisers ‘te concurreren’. Op de keper beschouwd valt deze inkorting wel mee. Bedacht moet worden dat het wél toestaan van verhaal de privé-schuldeiser niet in een betere positie zou

¹¹¹ Bijv. het belang van de mogelijkheid van de echtgenoten om hun leven gezamenlijk vorm te geven, of het belang van de lijkbezorging en een behoorlijke afwikkeling van de zaken van een overledene.

¹¹² Men denke aan het belang van het ontwikkelen van gezamenlijke economische activiteiten in het kader van een personenvennootschap of een rederij.

brengen. Op basis van de eerste vorm van verhaalsvoorrang zou hij toch in 'rang' na de gemeenschapsschuldeiser komen. Van daadwerkelijke inkorting van de rechten van de privéschuldeiser zou pas sprake zijn als ook na verhaal door de gemeenschapsschuldeisers tot de gemeenschap vermogen behoort dat aan verhaal door de privéschuldeisers wordt onttrokken. Dit is niet het geval. Vermogen dat na de voldoening van de gemeenschapsschuldeisers nog tot de gemeenschap behoort, wordt niet aan verhaal door de privéschuldeisers onttrokken. Waar het gaat om een gemeenschap van een personenvennootschap, geldt dat de privéschuldeiser door het uitlokken van het faillissement van zijn deelgenoot-schuldenaar kan bewerkstelligen dat het vermogen dat resteert na voldoening van de gemeenschapsschuldeisers, vatbaar wordt voor verhaal. Bij een liquidatiegemeenschap kan de privéschuldeiser het gehele aandeel van zijn deelgenoot-schuldenaar in de gemeenschap uitwinnen (art. 3:191 BW). Dit zal vaak geen reële opbrengst opleveren. Vandaar dat de privéschuldeiser ook verdeling van de gemeenschap kan afdwingen (art. 3:180 BW). Bij de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw en de gemeenschap van een rederij geldt dat de privéschuldeiser het gehele aandeel van zijn deelgenoot-schuldenaar kan uitwinnen. Zeker bij de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw zal deze uitwinning een reële opbrengst opleveren, zodat ook hier niet kan worden gezegd dat de privéschuldeiser in zijn rechten wordt bekort, althans niet meer dan al het geval is op basis van de eerste vorm van verhaalsvoorrang.

115. De verklaring voor de tweede vorm van verhaalsvoorrang kan niet worden gevonden in de wens van de wetgever om de goederen van de gemeenschap als verhaalsobject voor de gemeenschapsschuldeiser te doen dienen. Deze functie wordt al door de eerste vorm van verhaalsvoorrang vervuld. De tweede vorm van verhaalsvoorrang moet eerder worden verklaard uit een afweging tussen de belangen van de deelgenoten en die van hun privéschuldeisers, en de wens van de wetgever om de uitwinning van vermogensbestanddelen die deel uitmaken van een gemeenschap, ordelijk te laten verlopen. Bij deze afweging speelt het bestaan van de eerste vorm van verhaalsvoorrang een belangrijke rol.

116. Bij deze afweging moet onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin de deelgenoot-schuldenaar buiten de gemeenschap om voldoende verhaal biedt, en het geval waarin dit niet zo is. In beide gevallen moet de conclusie zijn dat de privéschuldeiser verhaal door middel van de executie van een aandeel in een gemeenschappelijk goed in beginsel achterwege dient te laten.

117. Biedt deelgenoot-schuldenaar ook buiten de gemeenschap voor zijn privéschuldeiser voldoende verhaal, dan kan alleen op die grond van de privéschuldeiser worden verlangd dat hij zijn verhaal buiten de gemeenschap om zoekt. Ten eerste schaaft het verhaal op het aandeel van een deelgenoot in een

gemeenschappelijk goed de overige deelgenoten. Het goed wordt – in strijd met de rechtsverhouding tussen de deelgenoten – aan de gemeenschap onttrokken¹¹³ en de overige deelgenoten worden opgezadeld met een nieuwe deelgenoot.¹¹⁴ Uit de maatschappelijke zorgvuldigheid die de privéschuldeiser ten opzichte van de overige deelgenoten in acht heeft te nemen, volgt dat hij in deze omstandigheden verhaal op een aandeel in een gemeenschapsgoed achterwege dient te laten. De tweede reden waarom de privéschuldeiser in dit geval buiten de gemeenschap om verhaal dient te zoeken, is dat hij bij de mogelijkheid van verhaal op een aandeel in een gemeenschappelijk goed weinig belang heeft. Heeft de gemeenschap gemeenschapsschuldeisers, dan kan het beslag door de privéschuldeiser ertoe leiden dat de gemeenschapsschuldeisers – ter zekerstelling van hun recht – zich op het goed zelf gaan verhalen. In dat geval blijft de privéschuldeiser vermoedelijk verstoken van enige executieopbrengst.

118. Biedt de deelgenoot-schuldenaar buiten de gemeenschap om onvoldoende verhaal, dan bestaat voor de privéschuldeiser alle reden om zich te verhalen op het aandeel van de deelgenoot. Ook hier zal hij zich terughoudend dienen op te stellen. Immers, voor zover de gemeenschap gemeenschapsschuldeisers kent, zal het verhaal door de privéschuldeiser als gevolg van de eerste vorm van verhaalsvoorrang zinloos zijn. Hij moet dus wachten totdat de gemeenschapsschuldeisers zijn voldaan. Is dat eenmaal het geval, dan nog kan van hem terughoudendheid worden verlangd. Verhaal op een aandeel in een goed zal

¹¹³ Dit levert een situatie op die vergelijkbaar is met het onrechtmatig profiteren van wanprestatie. Zie over dit leerstuk Hartkamp 2006, nr. 11, 48 en 51b. Volgens vaste rechtspraak is het handelen met iemand, terwijl men weet dat deze door dat handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die derde niet onrechtmatig. Van onrechtmatigheid is pas sprake indien de aangesproken partij weet of behoort te weten dat haar wederpartij door het sluiten van de desbetreffende overeenkomst, kort gezegd, wanprestatie pleegt jegens een derde en bovendien sprake is van bijkomende omstandigheden; zie recentelijk HR 26 januari 2007, *NJ* 2007, 78 (*Van de Ven/Sleegers*). Het geval waarin een privéschuldeiser van een deelgenoot het aandeel van die deelgenoot in een gemeenschappelijk goed uitwint, lijkt in zekere zin op het onrechtmatig profiteren van wanprestatie. De deelgenoot-schuldenaar wordt in dit geval gedwongen wanprestatie te plegen. Aangezien het aanzetten tot wanprestatie een omstandigheid is die het profiteren van wanprestatie onrechtmatig kan maken; – vgl. HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curaçao/Boyé*) –, zal het iemand dwingen wanprestatie te plegen des te meer onrechtmatig zijn. Bij deze afweging moet worden meegenomen dat de schuldenaar die van de wanprestatie profiteert, een alternatief heeft om te krijgen wat hem toekomt.

¹¹⁴ Zo wordt bij de liquidatiegemeenschap van art. 3:189 lid 2 BW aangenomen, dat het verbod van uitwinning van de aandelen van de deelgenoten in de afzonderlijke gemeenschapsgoederen berust op de wens van de wetgever om de deelgenoten niet tegen hun zin nieuwe deelgenoten op te dringen. Dit betekent immers dat de gemeenschap uiteenvalt in meerdere gemeenschappen waarvan de verdeling afzonderlijk moet worden bewerkstelligd. Vgl. HR 14 november 1969, *NJ* 1970, 283 (*Turfschuur*), HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 286 en HR 28 november 2008, *RvdW* 2008, 1038.

immers ertoe leiden dat de overige deelgenoten een nieuwe deelgenoot krijgen opgedrongen. Van de privéschuldeiser kan daarom worden verlangd dat hij ervoor kiest om verdeling te vorderen of eventueel het aandeel van zijn schuldenaar in de gemeenschap uit te winnen.¹¹⁵

5 De gemeenschap als procespartij

119. De gemeenschap kan op verschillende manieren in een procedure betrokken raken. Zo is het mogelijk dat de gemeenschappelijke goederen of de daaraan verbonden bevoegdheden of verplichtingen onderwerp van de rechtsstrijd worden. Het kan ook zijn dat de verbintenissen van de deelgenoten in hun gemeenschappelijk verband onderwerp van de rechtsstrijd worden. In deze gevallen is het de vraag welke gevolgen het bestaan van de gemeenschap heeft voor de wijze waarop dit type procedures moet worden gevoerd.

Van de vennootschap onder firma wordt in dit kader wel gezegd dat deze als procespartij kan optreden.¹¹⁶ Dit wordt als een verlengde van het afgescheiden vermogen gezien. Aan deze stelling kleeft een belangrijk bezwaar. Zij is namelijk weinig exact. Ten eerste wordt geen onderscheid gemaakt tussen afgescheiden vermogen in ruime zin en afgescheiden verhaalsvermogen. Ten tweede wordt niet duidelijk gemaakt wat men nu met ‘de gemeenschap’ bedoelt. Doelt men op de gezamenlijke deelgenoten, op het samenwerkingsverband tussen de deelgenoten of op de gemeenschappelijke goederen? Tot slot wordt geen onderscheid gemaakt tussen de bevoegdheid om als materiële procespartij op te treden en de bevoegdheid om als formele procespartij op te treden. De materiële procespartij is degene die partij is bij het proces, omdat haar rechten en verplichtingen voorwerp van de rechtsstrijd zijn. De formele procespartij is degene op wier naam de procedure wordt gevoerd en die proceshandelingen verricht.¹¹⁷

Hieronder zal ik ingaan op de vraag of en in welke mate ‘de gemeenschap’ als procespartij kan optreden. Achtereenvolgens onderzoek ik aan de hand van het procesrecht en de door mij geformuleerde regels betreffende de bestuursverde-

¹¹⁵ Zie voetnoot 114. Deze situatie doet zich echter ook voor bij de eenvoudige gemeenschap. Mijns inziens kan ook daar worden verdedigd dat op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid die de privéschuldeiser ten aanzien van de overige deelgenoten in acht heeft te nemen, de privéschuldeiser gehouden kan zijn om te kiezen voor de weg van het vorderen van verdeling en het beslag op een aandeel in een gemeenschapsgoed achterwege moet blijven. In de regel zal de privéschuldeiser zich aan deze gedragslijn houden op grond van de overweging dat het beslag op een aandeel in een goed slechts een geringe opbrengst zal genereren.

¹¹⁶ Vgl. bijv. Maeijer 1995, nr. 176 en 177.

¹¹⁷ Halkema 1936, Cleveringa 1939-1940, p. 381 e.v. en p. 3 e.v., Cleveringa 1972, art. 5, aant. 5, Wiersma 1952, p. 56 e.v., Rutten 1972, nr. 133, Heemskerk 1972, nr. 49, Asser 1999, p. 488, Rueb 2005, p. 66 en Heemskerk 2006, nr. 25 en Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 65.

ling wie in een procedure waarbij de gemeenschap is betrokken, als materiële (5.1) dan wel formele procespartij (5.2) moet worden beschouwd. Daarna volgt een tussenconclusie (5.3). Vervolgens onderzoek ik in hoeverre deze tussenconclusie houdbaar is in het licht van het leerstuk van de processuele meerpartijen-verhouding (5.4) en het leerstuk dat de vennootschap onder firma als (quasi-) procespartij kan optreden (5.5).

5.1 Materiële procespartij

120. Bij de beantwoording van de vraag waarom een persoon als materiële of formele procespartij kan optreden, speelt het begrip subjectief recht een cruciale rol. Een subjectief recht valt uiteen in twee zijden, de actieve en de passieve zijde. De terminologie ten aanzien van de actieve zijde van een subjectief recht is niet erg vast. Er wordt wel gesproken *ius agendi*, *vorderingsrecht* en *rechtsvordering*.¹¹⁸ Hier begrijp ik onder het *ius agendi* de bevoegdheid van de subjectief gerechtigde om ter verwezenlijking of erkenning van zijn recht in rechte op te treden. Deze bevoegdheid is cruciaal voor de erkenning van een subjectief recht als zodanig. Omgekeerd kan men ook stellen dat de erkenning van een subjectief recht inhoudt dat de subjectief gerechtigde zijn recht in rechte geldend kan maken.

121. Tegenover de actieve zijde van het subjectieve recht staat de passieve zijde. De passieve zijde van een subjectief recht is de rechtens afdwingbare verplichting van de persoon jegens wie het subjectieve recht geldend kan worden gemaakt. Deze verplichting kan onder andere inhouden de verplichting om het subjectieve recht te respecteren, de verplichting om het te erkennen, of de verplichting om de prestatie te verrichten waarop de subjectief gerechtigde aanspraak heeft. Aan deze verplichting is ook de mogelijkheid gekoppeld dat men in rechte wordt aangesproken om zijn verplichting na te komen. Net zoals het *ius agendi* cruciaal is voor de erkenning van een subjectief recht, zo is de mogelijkheid om in rechte te worden aangesproken om de verplichting na te komen, cruciaal voor de erkenning van een verplichting als een rechtens afdwingbare verplichting.

122. Een rechtens afdwingbare verplichting kan op twee voor dit proefschrift relevante wijzen op een rechtssubject komen te rusten. Ten eerste via het verbintenissenrecht: als op grond van de regels van het verbintenissenrecht op een rechtssubject een verbintenis rust, dan rust op hem de verplichting deze na te komen. Een verplichting kan evenwel ook op basis van het goederenrecht op een rechtssubject komen te rusten. Het vermogen van een rechtssubject vormt ook

¹¹⁸ Hartkamp & Sieburgh 2008, nr. 32 en Snijders 1992, p. 19. Vgl. uitgebreid over de rechtsvordering Heemskerk 1974.

een bron van verplichtingen.¹¹⁹ Een voorbeeld hiervan is de verplichting van de eigenaar van een erf om mee te werken aan een behoorlijke erfafscheiding (art. 5:46 BW). Een ander voorbeeld is de verplichting van een derde om de executie te gedogen van een aan hem toebehorend goed dat krachtens een bijzonder verhaalsrecht is verbonden voor een schuld van een ander dan deze derde.¹²⁰

123. Het onderscheid tussen de actieve en de passieve zijde van een subjectief recht is ook relevant voor het recht om als materiële procespartij op te treden. Ook dit recht heeft een actieve en een passieve zijde. De actieve en de passieve zijde van dit recht corresponderen met de actieve en de passieve zijde van een subjectief recht. Met de actieve zijde van het recht om als materiële procespartij op te treden, bedoel ik de bevoegdheid om een derde in rechte te betrekken ter verwezenlijking van een subjectief recht. Met de passieve zijde van dit recht doel ik op de mogelijkheid dat men door een ander in rechte wordt betrokken teneinde te worden gedwongen aan een rechtens afdwingbare verplichting te voldoen.

5.1.1 Actieve zijde

124. De vraag wie de actieve zijde van het recht om als materiële procespartij op te treden toekomt, moet worden beantwoord aan de hand van de vraag wie het *ius agendi* toekomt. Dit is uiteraard de subjectief gerechtigde zelf. Voor de gemeenschap betekent dit dat in een geding waarin op basis van het aan de gemeenschappelijke goederen verbonden *ius agendi* wordt geprocedeerd, de gerechtigden tot deze goederen, de gezamenlijke deelgenoten, gezamenlijk materiële procespartij zijn.

5.1.2 Passieve zijde

125. Het materiële recht is op gelijke wijze bepalend voor de passieve zijde van het recht om als materiële procespartij op te treden. De passieve zijde van het recht om als materiële procespartij op te treden, rust op degene op wie een rechtens afdwingbare verplichting rust. Voor de beantwoording van de vraag op welke persoon deze verplichting rust moet, men teruggaan naar de wijze waarop de verplichting op de persoon is komen te rusten. Is de verplichting ontstaan op grond van het verbintenissenrecht, dan is de aansprakelijke partij de materiële procespartij. Is de verplichting ontstaan uit het goederenrecht, dan is de rechthebbende van het vermogen dat aanleiding vormt voor de verplichting de materiële procespartij.

126. Voor de gemeenschap betekent dit dat de gezamenlijke deelgenoten materiële procespartij zijn, voor zover de gemeenschappelijke goederen de bron

¹¹⁹ Zie nr. 11.

¹²⁰ Vgl. nr. 69.

vormen van de op de deelgenoten rustende verplichting. Zo moet een vordering tot het meewerken aan een erfafscheiding worden ingesteld tegen de gezamenlijke deelgenoten. Gaat het om een verplichting die uit het verbintenissenrecht voortvloeit, dan moet onderscheid worden gemaakt tussen drie gevallen. Ten eerste het geval waarin de gemeenschap een afgescheiden verhaalsvermogen heeft en dit vermogen kan worden uitgewonnen op grond van een gemeenschapsschuld die is ontstaan als gevolg van het optreden van een deelgenoot die op basis van machtiging optreedt. Ten tweede het geval waarin de gemeenschap geen afgescheiden verhaalsvermogen heeft, maar waarin de deelgenoten allen aansprakelijk zijn voor een schuld. Ten derde het geval waarin de gemeenschap ook een afgescheiden verhaalsvermogen heeft en dit vermogen kan worden uitgewonnen op grond van een schuld die is ontstaan als gevolg van het optreden van een bestuursbevoegde deelgenoot die op grond van een volmacht heeft opgetreden.

127. In het eerste geval rust de verplichting tot betalen op de handelende deelgenoot. Uitsluitend hij is contractpartij, uitsluitend hij is aansprakelijk. Dit betekent ook dat alleen hij tot betaling kan worden veroordeeld. Hij is dus materiële procespartij. Het feit dat de gemeenschapsgoederen voor een dergelijke schuld kunnen worden uitgewonnen, maakt niet dat de overige deelgenoten voor deze schuld aansprakelijk worden.¹²¹ Wel betekent het feit dat een veroordeling op de gemeenschappelijke goederen ten uitvoer kan worden gelegd, dat de overige deelgenoten zich in de procedure kunnen voegen of daarin kunnen tussenkomen.¹²² Doen zij dit niet, dan staat de mogelijkheid open tot het instellen van derdenverzet.¹²³

128. In het tweede geval rust de verplichting tot betalen op de deelgenoten. Zij zijn hiervoor volgens de regels van art. 6:6 e.v. BW aansprakelijk. Dit betekent dat zij hetzij hoofdelijk, hetzij voor een gedeelte aansprakelijk zijn. Dit leidt voor ieder van hen tot een afzonderlijke aansprakelijkheid. Zij zijn dus ook afzonderlijk materiële procespartij.

129. In het derde geval rust de verplichting tot betalen op de deelgenoten gezamenlijk. De regels van art. 6:6 BW zijn hierop niet van toepassing. De deelgenoten zijn gezamenlijk aansprakelijk, zij zijn gezamenlijk materiële procespartij. In dat geval is óók verhaal mogelijk op het privévermogen van de deelgenoten.

¹²¹ Zie ten aanzien van de huwelijksgemeenschap HR 12 april 1985, *NJ* 1985, 662, m.nt. E.A.A. Luyten (*Luyten-Everaarts/SLP*) en HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 373 (*Verbeek/Vervat*).

¹²² Vgl. HR 25 juni 1982, *NJ* 1983, 780, m.nt. P.A. Stein (*Groenen/Homan en Nessmann*).

¹²³ HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 192 (*Zavatta/Uggeri*) en HR 11 juli 2003, *NJ* 2004, 570, m.nt. H.J. Snijders (*Van Kaam/Kantorengemeenschap*).

Voor zover dat daadwerkelijk plaatsvindt, is echter hoogstens sprake van hoofdelijkheid, en zijn de deelgenoten afzonderlijk materiële procespartij.

5.2 *Het recht om als formele procespartij op te treden*

130. Hierboven ben ik uitsluitend ingegaan op de materiële bevoegdheid om in rechte op te treden. Deze bevoegdheid vloeit voort uit óf een subjectief recht óf de daarmee corresponderende rechtens afdwingbare verplichting. Het enkele feit dat een persoon drager is van een subjectief recht of een rechtens afdwingbare verplichting, maakt deze persoon nog niet bevoegd om als procespartij op te treden. Het procesrecht stelt voor deze bevoegdheid een additionele eis. De persoon die in rechte wil optreden, moet de bevoegdheid hebben om als formele procespartij op te treden. Dat wil zeggen dat deze persoon bevoegd is om proceshandelingen te verrichten. Wil een persoon procesbevoegd zijn, dan moet hij bevoegd zijn om (onaantastbaar) te beschikken over de rechten en verplichtingen die voorwerp van de procedure zijn. Is dit niet het geval, dan is hij niet procesbevoegd en kan hij niet als formele procespartij optreden.

131. Het verband tussen de bevoegdheid om als formele procespartij op te treden en de bevoegdheid om (onaantastbaar) over zijn rechten en verplichtingen te beschikken, kan worden aangetoond door de gevallen te bezien waarin deze laatste bevoegdheid ontbreekt. Minderjarigen en onder curatele gestelden kunnen niet over hun rechten en verplichtingen beschikken, omdat zij geen onaanastbare rechtshandelingen kunnen verrichten. Zij die failliet zijn verklaard en zij wier vermogen onder bewind is gesteld, kunnen hun vermogen door hun rechtshandelingen niet binden. Beide groepen van personen kunnen niet als formele procespartij optreden.¹²⁴ Deze personen kunnen wél als formele procespartij optreden voor zover zij over hun rechten kunnen beschikken. Zo kan bijvoorbeeld een minderjarige zelfstandig om de benoeming van een bijzondere curator verzoeken¹²⁵ en kan een onder curatele gestelde zelfstandig een echtscheidingsverzoek indienen.¹²⁶ Een failliet en een persoon wiens vermogen onder bewind is gesteld, kunnen wel in rechte optreden voor zover het onderwerp van het proces

¹²⁴ Heemskerk 2006, nr. 26, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 66 en Rueb 2005, p. 66. Zie ten aanzien van de minderjarige De Boer 2002, nr. 791 en HR 28 juni 1901, W. 7622 (*Punt/Van Aalst*). Zie ten aanzien van de onder curatele gestelde De Boer 2002, nr. 1105 en HR 28 maart 1980, *NJ* 1980, 378, m.nt. E.A.A. Luijten en HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 687, m.nt. J. de Boer. Zie ten aanzien van de faillietverklarde art. 25 Fw. Zie ten aanzien van de persoon wiens vermogen onder bewind is gesteld De Boer 2002, nr. 1166, Perrick 2004, nr. 568 en HR 30 juni 2001, *NJ* 2001, 389, m.nt. H.J. Snijders.

¹²⁵ HR 4 februari 2005, *NJ* 2005, 422, m.nt. J. de Boer.

¹²⁶ HR 28 maart 1980, *NJ* 1980, 378, m.nt. E.A.A. Luijten.

niet het vermogen betreft dat in het faillissement valt of onder bewind is gesteld.¹²⁷

5.2.1 *Uiteenlopen van de materiële en de formele procespartij*

132. Als het recht aan een persoon het recht onthoudt om (onaantastbaar) over zijn rechten en verplichtingen te beschikken, dan betekent dit niet dat deze persoon niet langer als rechtssubject wordt erkend. Hij is nog steeds drager van rechten en verplichtingen. De bevoegdheid om ter zake van deze rechten en verplichtingen te beschikken wordt echter opgedragen aan een andere persoon. Met deze bevoegdheid verkrijgt deze persoon ook het recht om ten aanzien van deze rechten en verplichtingen als formele procespartij op te treden. Zo kunnen de wettelijke vertegenwoordiger van een minderjarige, de curator van een onder curatele gestelde, de curator in een faillissement en de bewindvoerder in plaats van de personen wier belangen zij behartigen, als formele procespartij in rechte optreden.¹²⁸

133. De bevoegdheid om als formele procespartij op te treden, kan evenwel ook op een andere wijze worden verkregen, namelijk doordat de materiële procespartij aan deze ander de bevoegdheid verleent om over zijn rechten en verplichtingen te beschikken. De materiële procespartij kan dit doen door middel van een volmacht of machtiging. In dat geval verkrijgt de vertegenwoordiger of gemachtigde ook de bevoegdheid proceshandelingen te verrichten ten aanzien van de rechten en verplichtingen waarop de volmacht respectievelijk de machtiging ziet.¹²⁹ Het geval waarin het rechtssubject aan de ander de bevoegdheid verleent om over zijn rechten en verplichtingen te beschikken, moet worden gelijkgesteld met het geval waarin de wet dit doet, maar waarin deze bevoegdheidsverlening kan worden teruggevoerd op de toegerekende wil van het rechtssubject. Dit gebeurt bijvoorbeeld bij de toekenning van de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan het bestuur van een rechtspersoon en bij zaakwaarneming.¹³⁰

¹²⁷ Vgl. ten aanzien van de failliet art. 25 en 26 Fw en Pannevis 2008, p. 72.

¹²⁸ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 66, Heemskerk 2006, nr. 26 en Rueb 2005, p. 66. Zie ten aanzien van de minderjarige art. 1:245 lid 4 BW, ten aanzien van de onder curatele gestelde art. 1:386 lid 1 jo. art. 337 lid 1, ten aanzien van degene wiens vermogen onder bewind is gesteld, art. 1:441 lid 1 BW of 4:172 BW. Ten aanzien van de failliet ontbreekt een expliciete wettelijke bepaling die de curator de bevoegdheid geeft de failliet te vertegenwoordigen. Tijdens de behandeling van de Faillissementswet is opgemerkt dat de curator de vertegenwoordiger van de schuldeisers is, en daarmee ook de vertegenwoordiger van de failliet (Van der Feltz 1896, p. 371).

¹²⁹ Heemskerk 2006, nr. 26, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 65 en Rueb 2005, p. 70.

¹³⁰ Of de zaakwaarnemer wel de bevoegdheid heeft om te procederen, is omstreden; zie Hartkamp 2006, nr. 295 en Rodrigues 1988. Procesbevoegdheid op basis van zaakwaarneming wordt mogelijk geacht door Ras 1968, p. 50, Verburgh 1975, p. 20 en Frenk

134. Is een ander dan de materiële procespartij bevoegd om voor de materiële procespartij in rechte op te treden, dan rijst de vraag wat de gevolgen van dit optreden zijn. Hierbij moet steeds onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin sprake is van vrijwillig en dat waarin sprake is van gedwongen optreden door een derde. In het geval van gedwongen optreden door een derde, treedt de derde in rechte op in verband met de onbevoegdheid van de materiële procespartij. In het geval van vrijwillig optreden door een derde, treedt de derde op basis van een volmacht of machtiging op, die kan worden teruggevoerd op de (toegerekende) wil van de materiële procespartij. Bovendien moet onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin de derde in eigen naam optreedt, en het geval waarin hij in naam van de materiële procespartij optreedt. Ik zal deze gevallen hieronder bespreken. Ik zal daarbij steeds twee vragen beantwoorden. Ten eerste de vraag in wiens naam het geding moet worden gevoerd. Ten tweede de vraag

1994, p. 188-191. De mogelijkheid dat een zaakwaarnemer procesbevoegd is, wordt verworpen door Smits 1962, p. 197-202 en Enschedé 1976, p. 146-147.

Mijns inziens is procederen op basis van zaakwaarneming mogelijk. De stelling dat zaakwaarneming geen goede basis voor procesbevoegdheid vormt, is gebaseerd op HR 4 mei 1956, *NJ* 1956, 304. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat de bevoegdheid om als formele procespartij op te treden al bij het moment van uitbrengen van de dagvaarding moet bestaan. Smits en Enschedé verbinden hieraan de conclusie dat zaakwaarneming geen goede basis voor de procesbevoegdheid van de zaakwaarnemer kan zijn, omdat niet op voorhand vaststaat dat de zaakwaarneming behoorlijk is. Dit argument is mijns inziens ondeugdelijk. De uitspraak van de Hoge Raad ziet evenwel op het geval dat de procesbevoegdheid ontbreekt. Bij zaakwaarneming kan het weliswaar onduidelijk zijn of de procesbevoegdheid bestaat, omdat niet vaststaat of de zaakwaarneming wel of niet behoorlijk is. Dit wil echter niet zeggen dat de procesbevoegdheid ontbreekt. Met andere woorden: de vaststelling dat sprake is van behoorlijke zaakwaarneming, is declaratoir en niet constitutief van aard. Vgl. van dezelfde strekking Frenk.

Dat zaakwaarneming wel degelijk een basis kan vormen voor de procesbevoegdheid, blijkt ook uit HR 2 april 1993, *NJ* 1993, 573, m.nt. D.W.F. Verkade (*NVPI/Snelleman*). In dat arrest oordeelt de Hoge Raad dat een zaakwaarnemer die niet reeds bij dagvaarding heeft gesteld dat hij als zaakwaarnemer optreedt, deze hoedanigheid niet door een eisenwijziging kan verkrijgen. De Hoge Raad vervolgt met de opmerking dat deze zaakwaarnemer zich wél in deze hoedanigheid in de procedure kan voegen. Met dit laatste oordeel geeft de Hoge Raad minstens impliciet aan dat procederen op grond van zaakwaarneming mogelijk is. Ook in HR 18 maart 1926, *NJ* 1926, 465 (*Binnenlandse Vaart-Risico-Sociëteit/Van der Berg*) en HR 29 januari 1943, *NJ* 1943, 198 (*Sinis I/Schipper*) lijkt de Hoge Raad impliciet te aanvaarden dat procederen krachtens zaakwaarneming mogelijk is. In HR 8 december 1961, *NJ* 1962, 56, oordeelt de Hoge Raad dat procederen krachtens zaakwaarneming niet mogelijk is als dit ten behoeve van een groep ongenoemde personen gebeurt. Voor het overige laat de Hoge Raad het antwoord op de vraag of procederen op basis van zaakwaarneming mogelijk is, in het midden.

Dat sommige acties zo persoonlijk zijn dat zaakwaarneming hier niet mogelijk is, blijkt uit HR 21 maart 1975, *NJ* 1976, 136, m.nt. E.A.A. Luijten. In deze beschikking oordeelt de Hoge Raad dat een verzoek tot ondercuratelestelling een zo persoonlijke aard is, dat zaakwaarneming hier niet mogelijk is. Daar komt bij dat de wet al in een regeling voorziet die het mogelijk maakt dat bepaalde personen naast de curandus ondercuratelestelling van kunnen verzoeken (art. 1:379 BW).

welke gevolgen van het optreden van de derde, deze derde respectievelijk de materiële procespartij raken.

Vrijwillig optreden door een derde krachtens volmacht

135. Treedt de derde in rechte op basis van een volmacht op, dan wordt de procedure gevoerd in naam van de vertegenwoordigde, de materiële procespartij.¹³¹ De vertegenwoordiger wordt geen partij in het geding. Vermelding van de naam van de vertegenwoordiger is niet noodzakelijk,¹³² maar evenmin verboden.¹³³ De vraag naar de gevolgen van het optreden van de derde laat zich eenvoudig beantwoorden. Nu het geding in naam van de materiële procespartij wordt gevoerd, vindt geen scheiding plaats tussen de formele en de materiële procespartij. Aangezien sprake is van vertegenwoordiging, treffen de gevolgen van het optreden van de derde de volmachtgever (art. 3:66 lid 1 jo. art. 3:79 BW).¹³⁴

Gedwongen optreden door een derde krachtens volmacht

136. Buiten het geval dat een derde een procedure voert op basis van een vrijwillig verstrekte volmacht, kan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de derde ook samenhangen met de procesonbevoegdheid van de materiële procespartij. In dit geval wordt, in tegenstelling tot het geval van vrijwillig optreden door een derde op basis van volmacht, de procedure gevoerd in naam van de derde.¹³⁵ Er treedt dus een scheiding op tussen de materiële en de formele procespartij.

Het feit dat de procedure wordt gevoerd in naam van de derde, roept de vraag op voor wie de gevolgen van de procedure zijn. Mijns inziens moet deze vraag worden beantwoord aan de hand van het materiële recht (art. 3:66 lid 1 jo. art. 3:78 BW). De formele procespartij *vertegenwoordigt* de materiële procespartij. Dit betekent dat de gevolgen van het optreden van de formele procespartij uitsluitend de materiële procespartij treffen.

¹³¹ HR 3 juni 1870, W. 3228 (*Schrijnemaker/De Nederlandsche Bank*), HR 15 maart 1878, W. 4231 (*Maatschappij voor chemische industrie/Maatschappij tot houtbereiding tegen bederf*) en HR 2 december 1910, W. 9110 (*Zuid-Limburgsche postduivenbond/Ackens*).

¹³² HR 15 mei 1930, NJ 1930, 1192 (*Onderlinge Brandwaarborg Mij/Van der Putten*).

¹³³ HR 13 april 1923, NJ 1923, 835 (*Amsterdamsche huizenclub/Baarda*) en HR 1 december 1927, NJ 1928, 548 (*Nederlandsch-Indië/Van der Toorn*).

¹³⁴ Vgl. Asser 1999, p. 494.

¹³⁵ Zie voor het geval waarin de materiële procespartij handelingsonbekwaam is Rueb 2005, p. 66, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 66 en Heemskerk 2006, nr. 22.

Vrijwillig optreden door een derde krachtens machtiging

137. In het recht is reeds lang erkend dat een partij (de machtgever) door middel van een machtiging een derde (de gemachtigde) de bevoegdheid kan verlenen om in eigen naam een rechtsvordering in te stellen die aan de machtgever toekomt.¹³⁶ Het in eigen naam optreden van de gemachtigde houdt in dat de procedure ook in zijn naam wordt gevoerd. Hij is dus formele procespartij.

138. In de literatuur bestaat geen overeenstemming over het antwoord op de vraag wie materiële procespartij is indien een derde krachtens machtiging optreedt. Sommige schrijvers zijn van mening dat de gemachtigde zowel materiële als formele procespartij is.¹³⁷ Anderen zijn van mening dat de gemachtigde uitsluitend formele procespartij is en dat de machtgever materiële procespartij is.¹³⁸ Deze onenigheid moet mijns inziens worden teruggevoerd op de vraag welke partij wordt getroffen door de rechtsgevolgen van het in rechte optreden door de gemachtigde. Is dit de machtgever of de gemachtigde? Om deze vraag te beantwoorden, kan aansluiting worden gezocht bij het materiële recht. Uit het materiële recht volgt dat de rechtsgevolgen van het optreden van de gemachtigde in beginsel hemzelf treffen. Daar staat tegenover dat uit het feit dat de gemachtigde bij zijn optreden bevoegd is de rechten van de machtgever uit te oefenen, volgt dat de goederenrechtelijke rechtsgevolgen van het handelen van de gemachtigde de goederen van de machtgever, en daarmee de machtgever, treffen. Voor het overige kan uit de rechtsverhouding tussen de partijen volgen dat de gemachtigde is gehouden bepaalde gevolgen van zijn optreden op de machtgever te doen overgaan, of omgekeerd de machtgever is gehouden nadelige gevolgen van het optreden van de gemachtigde voor de gemachtigde te dragen.¹³⁹

139. Dit systeem lijkt mij ook bruikbaar om te bepalen welke rechtsgevolgen van de procedure de machtgever dan wel de gemachtigde treffen. Dit betekent wel dat het strikte onderscheid tussen de materiële en de formele procespartij niet kan worden volgehouden. Sommige gevolgen van het optreden van de gemachtigde treffen immers de gemachtigde, terwijl andere gevolgen de machtgever treffen. Bij het gebruik van dit materieelrechtelijk systeem moet eerst worden bepaald welke gevolgen de procedure heeft. In beginsel heeft de rechterlijke uitspraak geen invloed op de materiële rechtsverhouding tussen partijen. De rechter stelt alleen deze verhouding vast.¹⁴⁰ De rechterlijke uitspraak heeft wel

¹³⁶ Zie voetnoot 24.

¹³⁷ Asser 1999, p. 498 en 501.

¹³⁸ Vranken in zijn noot onder HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 498, m.nt. J.B.M. Vranken (*Engels/De Bever*).

¹³⁹ Een voorbeeld hiervan kan worden gevonden in het geval dat de gemachtigde optreedt in het kader van een overeenkomst van lastgeving. Deze overeenkomst houdt immers in dat de lasthebber optreedt *voor rekening* van de lastgever.

¹⁴⁰ Beukers 1994, p. 6 e.v.

een drietal procesrechtelijke rechtsgevolgen, te weten de executoriale, declaratoire en constitutieve kracht. De executoriale kracht van een uitspraak houdt in dat de rechterlijke uitspraak de eiser machtigt tot het nemen van executiemaatregelen. De declaratoire kracht van de uitspraak wordt ook wel aangeduid als het gezag van gewijsde. In zijn uitspraak legt de rechter de rechtstoestand vast. Een uitspraak heeft constitutieve kracht als de rechter door zijn uitspraak een wijziging in de rechtstoestand tot stand brengt.

140. Van deze rechtsgevolgen moet worden vastgesteld wie zij treffen. Toepassing van het beginsel dat het optreden van de handelende partij in beginsel alleen gevolgen heeft voor de handelende partij zelf, leidt ertoe dat in beginsel alleen de gemachtigde is gerechtigd om tot tenuitvoerlegging van de rechterlijke uitspraak over te gaan. De bevoegdheid tot tenuitvoerlegging is weliswaar een nevenrecht en met de vordering verweven (vgl. art. 6:142 lid 1 BW). De grosse zal echter alleen worden uitgegeven aan de gemachtigde (art. 231 lid 1 Rv). In beginsel kan de executoriale titel alleen ten uitvoer worden gelegd door de partij die in de grosse als eiseres staat vermeld. Pas na de betekening, voorzien in art. 431a Rv, wordt de machtgever bevoegd om de executoriale titel ten uitvoer te leggen. Uit het voorgaande volgt dat ook een kostenveroordeling ten gunste van de gemachtigde alleen door deze partij ten uitvoer kan worden gelegd. Een kostenveroordeling ten nadele van de formele procespartij kan alleen tegen deze procespartij ten uitvoer worden gelegd, nu deze veroordeling het gevolg is van het optreden van de formele procespartij. Het gezag van gewijsde moet echter worden beschouwd als een met de vordering verbonden rechtsgevolg.¹⁴¹ Dit kan dus door of tegen de materiële procespartij (en daarmee ook tegen de formele procespartij) worden ingeroepen.¹⁴² Ook de constitutieve kracht zal meestal betrekking hebben op het recht van de machtgever.

141. Op grond van de rechtsverhouding tussen de machtgever en de gemachtigde is het mogelijk dat de gemachtigde verplicht is om voordelen die hij uit de rechterlijke uitspraak heeft verkregen, te doen overgaan op de machtgever. Omgekeerd is het mogelijk dat de machtgever verplicht is om nadelige gevolgen van de rechterlijke uitspraak voor de gemachtigde te dragen. Het is dus mogelijk dat de machtgever de aan de rechterlijke uitspraak verbonden executiebevoegdheid op de gemachtigde moet doen overgaan door afgifte van de verkregen grosse(n) en door – zo nodig – mee te werken aan de betekening van deze overgang aan de geëxecuteerde overeenkomstig art. 431a Rv. Het kan ook zijn dat de gemachtigde een eventueel verkregen kostenveroordeling aan de machtgever moet

¹⁴¹ Vgl. art. 236 lid 2 Rv, dat bepaalt dat het gezag van gewijsde ook geldt voor de rechtsverkrijgers onder bijzondere titel.

¹⁴² Vgl. Asser 1999, p. 494, die het uitdrukt dat art. 67(oud) Rv (thans 236 Rv) ‘uitgaat van de materiële procespartij en hun rechtsopvolgers’.

afstaan, of dat de gemachtigde van de machtgever vergoeding kan vragen van de proceskosten waarin hij is veroordeeld.

142. Uit het voorgaande blijkt dat de gemachtigde met zijn gehele vermogen procespartij is. Hij kan bijvoorbeeld in de proceskosten worden veroordeeld. Het feit dat de gemachtigde met zijn gehele vermogen procespartij is, betekent ook dat de gedaagde tegen hem een eis in reconventie kan instellen.¹⁴³ De gemachtigde treedt niet in hoedanigheid op. Dit is alleen het geval bij gedwongen optreden door een derde. De gedaagde kan geen eis in reconventie tegen de machtgever instellen,¹⁴⁴ al kan hij zich wel op verrekening beroepen.¹⁴⁵

143. Aan het optreden van een derde op basis van machtiging is een belangrijke beperking gebonden. In beginsel kan een derde die optreedt op basis van machtiging alleen als eiser optreden. Een machtiging geeft immers de bevoegdheid om *een recht* van een derde (de machtgever) in eigen naam uit te oefenen. Door een machtiging wordt geen bevoegdheid geschapen om als gedaagde op te treden. Desondanks kan ik me de situatie wel voorstellen dat de materiële procespartij op vrijwillige basis een derde machtigt om in eigen naam als gedaagde op te treden. Art. 77 Rv verschaft deze mogelijkheid voor procedures die tegen de Koning worden gevoerd.

Gedwongen optreden door een derde krachtens machtiging

144. Gedwongen optreden op basis van machtiging komt niet veel voor. In veruit de meeste gevallen van gedwongen optreden door een derde spreekt de wet van vertegenwoordiging.¹⁴⁶ Bij de faillissementscurator kan worden verdedigd dat deze op basis van machtiging procedeert. De wet laat immers in art. 25 Fw de wijze waarop de faillissementscurator optreedt in het midden. Het is echter de vraag of de afwezigheid van een verwijzing naar vertegenwoordiging van de failliet door de curator berust op een bewuste keuze van de wetgever.¹⁴⁷ Het enige voorbeeld waarbij zeker is dat op basis van machtiging wordt geprocedeerd, is het voorbeeld van de bewindvoerder van een testamentair bewind. Art. 4:172 BW noemt uitdrukkelijk de mogelijkheid dat de bewindvoerder in eigen naam optreedt.

145. Treedt de bewindvoerder in eigen naam in rechte op, dan volgt hier een zekere scheiding tussen de materiële en de formele procespartij. Wat betreft de

¹⁴³ Vgl. Asser 1999, p. 501. Anders Kortmann 1994, p. 224.

¹⁴⁴ Asser 1999, p. 500. Anders Rueb 1991, p. 189.

¹⁴⁵ Kortmann 1994, p. 222 e.v. en Asser 1999, p. 500.

¹⁴⁶ Zie bijv. ten aanzien van het optreden van de wettelijke vertegenwoordiger van een minderjarige art. 1:245 lid 4 BW en ten aanzien van degene wiens vermogen onder bewind is gesteld art. 1:441 BW.

¹⁴⁷ Zo wordt in de memorie van toelichting op art. 25 Fw de curator als vertegenwoordiger van de schuldeisers en de schuldenaar aangeduid (Van der Feltz 1896, p. 371).

gevolgen voor het handelen van de bewindvoerder voor zijn privévermogen, lijkt de wetgever niet te zijn afgeweken van de regel dat wie in eigen naam handelt zichzelf bindt. In de toelichting op art. 4:172 BW wordt verwezen naar de toelichting op de – niet ingevoerde – titel bewind.¹⁴⁸ Daarin wordt overwogen:

‘Het komt erop neer dat [de bewindvoerder] dan niet in zijn hoedanigheid een overeenkomst sluit en dat hij aldus alleen zichzelf tot wederpartij van zijn contractant maakt. (...) [D]e bewindvoerder [zal] wat hij aan zijn wederpartij heeft moeten betalen als kosten aan de rechthebbende in rekening kunnen brengen (...). Maar dat neemt niet weg dat deze jegens die wederpartij niet aansprakelijk is, noch met de bewindsgoederen, noch met zijn andere goederen, en dat de bewindvoerder zelf in zijn eigen vermogen volledig aansprakelijk is.’¹⁴⁹

Dit citaat impliceert dat de gevolgen van gedwongen optreden in rechte op grond van machtiging, niet verschillen met de gevolgen van vrijwillig optreden op grond van machtiging. Hieruit leid ik af dat de faillissementscurator die *qualitate qua* procedeert, de failliet vertegenwoordigt. Zou dit niet het geval zijn, dan zou de curator *pro se* in de kosten van een dergelijke procedure kunnen worden veroordeeld, en zouden deze kosten op zijn privévermogen verhaalbaar zijn. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat verhaal op het privévermogen van de curator alleen mogelijk is als – kort gezegd – de curator zich maatschappelijk onzorgvuldig gedraagt.¹⁵⁰

5.2.2 Formele procespartij en de gemeenschap

146. In de vorige paragrafen is naar voren gekomen in welke procedures de gezamenlijke deelgenoten materiële procespartij zijn.¹⁵¹ Dit is het geval in de procedures die worden gevoerd op basis van het aan de gemeenschappelijke goederen verbonden *ius agendi*, een op grond van het goederenrecht op de gezamenlijke deelgenoten rustende verplichting en op grond van een verbintenis waarvan de deelgenoten *gezamenlijk* schuldenaar zijn. De gezamenlijke deelgenoten zijn geen materiële procespartij in een procedure die wordt gevoerd op grond van een verbintenis waarvan slechts één deelgenoot schuldenaar is, maar die wel tot verhaal op de gemeenschapsgoederen kan leiden. Voorts zijn zij geen materiële procespartij in een procedure die wordt gevoerd op basis van een verbintenis waarvan de deelgenoten ieder afzonderlijk, hetzij voor een deel hetzij hoofdelijk schuldenaar zijn. Zijn de gezamenlijke deelgenoten materiële procespartij, dan bepaalt de bestuursverdeling wie van de deelgenoten als formele procespartij heeft te gelden. De bestuursverdeling regelt immers wie van de deelgenoten van de aan de goederen verbonden bevoegdheden gebruik kan maken. De

¹⁴⁸ NW 2, Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 2134.

¹⁴⁹ Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 3, p. 485-486.

¹⁵⁰ Vgl. HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou/curatoren Van Schuppen*) en HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 196, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Bentum/Bos*).

¹⁵¹ Zie nr. 124-129.

bestuursverdeling regelt verder tegen wie van de deelgenoten een verplichting die op de gezamenlijke deelgenoten rust, geldend kan worden gemaakt.¹⁵² Als gevolg van het optreden van een deelgenoot als formele procespartij, kan een scheiding optreden tussen de materiële en de formele procespartij. De vraag welke gevolgen van de procedure vervolgens de gezamenlijke deelgenoten treffen en welke gevolgen de handelende deelgenoot, moet niet op een andere wijze worden beantwoord dan in andere gevallen waarin een scheiding optreedt tussen de formele en de materiële procespartij. Vraag is alleen of sprake is van een vrijwillig of gedwongen optreden van de handelende deelgenoot. Deze laatste vraag wordt beantwoord door het rechtskarakter van de bestuursverdeling. Aangezien deze moet worden gekwalificeerd als een vorm van regelend overeenkomstenrecht,¹⁵³ moet het optreden van de bestuursbevoegde deelgenoot als formele procespartij worden beschouwd als een vorm van vrijwillig optreden. Hieronder werk ik uit wat de gevolgen zijn van het optreden van een bestuursbevoegde deelgenoot in een procedure waarbij de gezamenlijke deelgenoten materiële procespartij zijn.

Bestuursverdeling gebaseerd op volmacht

147. Is de bestuursverdeling gebaseerd op volmacht, dan vertegenwoordigt de bestuursbevoegde deelgenoot de gemeenschap, dat wil zeggen de gezamenlijke deelgenoten, in de procedure. Aangezien sprake is van vertegenwoordiging, is de gemeenschap, dat wil zeggen de gezamenlijke deelgenoten, procespartij. Van een scheiding tussen de formele en de materiële procespartij is geen sprake. Alle gevolgen van de procedure treffen de gezamenlijke deelgenoten.

Bestuursverdeling gebaseerd op machtiging

148. Is de bestuursverdeling voor wat betreft de mogelijkheid van het voeren van een procedure gebaseerd op machtiging, dan procedeert de bestuursbevoegde deelgenoot in eigen naam.¹⁵⁴ Er treedt dus een scheiding op tussen de formele en de materiële procespartij. De gevolgen hiervan heb ik hierboven beschreven.¹⁵⁵ Toegepast op de gemeenschap komt dit op het volgende neer. In beginsel is alleen de bestuursbevoegde deelgenoot gerechtigd om tot tenuitvoerlegging van een, als gevolg van de procedure verkregen, executoriale titel over te gaan.¹⁵⁶ Wordt de bestuursbevoegde deelgenoot in de kosten veroordeeld, dan

¹⁵² Zie nr. 17 en 30.

¹⁵³ Zie nr. 33.

¹⁵⁴ HR 6 december 1968, NJ 1969, 111 (*Jansen/Van der Linden*).

¹⁵⁵ Zie nr. 137-145.

¹⁵⁶ Bij de eenvoudige gemeenschap en de liquidatiegemeenschap doet zich wel een probleem voor. Ingevolge art. 3:171 BW is iedere deelgenoot bevoegd om ten behoeve van de gemeenschap een procedure te voeren. Art. 3:170 lid 2 BW bepaalt echter dat het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties onder het beheer van de ge-

treft deze veroordeling alleen hemzelf. Dit neemt niet weg dat in een gemeenschap met een afgescheiden vermogen deze kostenveroordeling wellicht ook op de gemeenschappelijke goederen ten uitvoer kan worden gelegd. Het gezag van gewijsde geldt voor alle deelgenoten.¹⁵⁷

Op grond van de rechtsverhouding tussen de deelgenoten is het mogelijk dat de bestuursbevoegde deelgenoot verplicht is om voordelen die hij uit de rechterlijke uitspraak heeft verkregen, over te doen gaan op de overige deelgenoten. Omgekeerd is het mogelijk dat de overige deelgenoten verplicht zijn om nadelige gevolgen van de rechterlijke uitspraak voor de bestuursbevoegde deelgenoot mede te dragen.¹⁵⁸

Bijzonder aan een bestuursverdeling op basis van machtiging, is dat deze bestuursverdeling ook de mogelijkheid kan openen dat een vordering kan of moet worden ingesteld tegen de bestuursbevoegde deelgenoot in plaats van de gezamenlijke deelgenoten. Dit kan het geval zijn wanneer het onderwerp van de procedure een verplichting betreft die op de gezamenlijke deelgenoten rust uit hoofde van het feit dat zij gerechtigd zijn tot het goed. Dat een vordering op grond van de bestuursverdeling tegen de bestuursbevoegde deelgenoot kan of moet worden ingesteld, is uiteraard alleen het geval als de bestuursverdeling deze mogelijkheid biedt. Dit doet de bestuursverdeling bijvoorbeeld niet bij de eenvoudige gemeenschap en de liquidatiegemeenschap, maar wel bij de huwelijksgemeenschap.¹⁵⁹

meenschap valt. Ingevolge art. 3:170 lid 2 BW wordt dit beheer door de deelgenoten gezamenlijk gevoerd. Het is dus de vraag of deze deelgenoot de executoriale titel die deze procedure oplevert, zelf mag executeren. Gezien de strekking van art. 3:171 BW zou ik zeggen dat dit het geval is. Doel van deze bepaling is immers dat de procederende deelgenoot niet afhankelijk wordt gemaakt van de overige deelgenoten; zie TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 590. De vervolgvraag is of de wederpartij bevrijdend kan betalen. Mijn antwoord daarop is ja. De wederpartij moet aan de deurwaarder betalen (vgl. bijv. art. 477 Rv). Gezien de positie van de deurwaarder, werkt deze betaling bevrijdend (vgl. 6:34 BW). De deurwaarder moet het bedrag vervolgens aan de executant uitkeren. Mijns inziens rust op de deurwaarder de ambtsplicht om zich ervan te vergewissen dat de executant dit goed – voor zover nodig – als vertegenwoordiger van de overige deelgenoten in ontvangst neemt; vgl. HR 18 maart 1994, *NJ* 1995, 410, m.nt. W.M. Kleijn (*Van Tholen/Nationale Nederlanden*).

¹⁵⁷ MvA II Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1283-1284 en HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 461 (*Gaschereau/Sunresorts*).

¹⁵⁸ Zo bepaalt art. 3:172 BW voor de eenvoudige gemeenschap dat de deelgenoten verplicht zijn bij te dragen aan de uitgaven die voortvloeien uit handelingen die bevoegdlijk ten behoeve van de gemeenschap zijn verricht. Vgl. Meijer 2004, p. 69, die tot een vergelijkbaar oordeel komt.

¹⁵⁹ Zie voor de eenvoudige gemeenschap Snijders 2003, nr. 112. In de huwelijksgemeenschap moet een vordering waartoe een tot de huwelijksgemeenschap behorend goed aanleiding geeft, wel tegen de bestuursbevoegde echtgenoot worden ingesteld. De bevoegd-

5.3 *Tussenconclusie*

149. De conclusie na deze twee paragrafen moet zijn dat bij de beantwoording van de vraag wie in een procedure waarbij de gemeenschap is betrokken, materiële en formele procespartij zijn, onderscheid moet worden gemaakt naar het onderwerp van de procedure. Is het onderwerp van de procedure goederenrechtelijk, dat wil zeggen, is het onderwerp van de procedure het gemeenschapelijke recht zelf of een aan dit recht verbonden bevoegdheid of verplichting, dan zijn alle deelgenoten materiële procespartij. Is het onderwerp van de procedure verbintenissenrechtelijk, dan zijn de gezamenlijke deelgenoten alleen materiële procespartij voor zover alle deelgenoten gezamenlijk aansprakelijk zijn en het doel van de procedure is het nemen van verhaal op het afgescheiden verhaalsvermogen van de gemeenschap. In andere gevallen, bijvoorbeeld het geval waarin weliswaar verhaal op het afgescheiden vermogen van de gemeenschap mogelijk is, maar slechts één of enkele deelgenoten aansprakelijk zijn, zijn de gezamenlijke deelgenoten geen materiële procespartij.

Zijn de gezamenlijke deelgenoten materiële procespartij, dan bepaalt de bestuursverdeling wie als formele procespartij heeft te gelden. Is de bestuursverdeling gebaseerd op volmacht, dan zijn de gezamenlijke deelgenoten zowel materiële als formele procespartij. Er vindt geen scheiding plaats tussen de materiële en de formele procespartij en alle gevolgen van de procedure treffen de gezamenlijke deelgenoten. Is de bestuursverdeling gebaseerd op machtiging, dan is de bestuursbevoegde deelgenoot materiële procespartij. Er vindt wél een scheiding plaats tussen de materiële en de formele procespartij. Als gevolg daarvan treffen sommige gevolgen van de procedure de bestuursbevoegde deelgenoot en sommige gevolgen de gezamenlijke deelgenoten.

5.4 *Processuele meerpartijenverhoudingen*

150. In een procedure staan normaal gesproken slechts twee partijen tegenover elkaar. De uitkomst van een dergelijke procedure bindt in beginsel slechts henzelf. Het is echter ook mogelijk dat meerdere partijen tegenover elkaar komen te staan. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen het vrijwillige en het gedwongen strijdgenootschap. In beide gevallen treden aan de zijde van de eiser, aan de zijde van de gedaagde, of aan beide zijden meer dan één persoon op. Tussen een vrijwillig en een gedwongen strijdgenootschap bestaat een belangrijk verschil. Bij een vrijwillig strijdgenootschap behouden de partijen hun partijautonomie. De reden voor deze gezamenlijke behandeling is ‘slechts’ een proceseconomische. Doel is om tegenstrijdige beslissingen voor zover mogelijk te voorkomen. Bovendien kan op deze manier worden bewerkstelligd dat (dure)

heid om als formele procespartij op te treden, betreft in dit geval een aan het goed verbonden bevoegdheid in de zin van art. 1:90 lid 2 BW.

procesverrichtingen, zoals getuigenverhoren, slechts één keer behoeven plaats te vinden. Bij een gedwongen strijdgenootschap verliezen de deelnemers gedeeltelijk hun partijautonomie. Het is namelijk rechtens noodzakelijk dat de beslissing voor hen allen hetzelfde luidt. Hieruit volgt dat zij allen bij de procedure partij *moeten* zijn.

In deze paragraaf beantwoord ik de vraag in hoeverre de gezamenlijke deelgenoten een gedwongen strijdgenootschap vormen. Daartoe behandel ik eerst het vrijwillige (5.4.1) en het gedwongen strijdgenootschap (5.4.2). Vervolgens ga ik na wanneer in een procedure waarbij de gemeenschap op enigerlei wijze betrokken is, sprake is van een vrijwillig of een gedwongen strijdgenootschap (5.4.3). Hierna bespreek ik het belang van de bestuursverdeling in het geval waarin de gezamenlijke deelgenoten een gedwongen strijdgenootschap vormen. (5.4.4). Tot slot behandel ik de vraag in hoeverre het feit dat de gezamenlijke deelgenoten een gedwongen strijdgenootschap vormen, ertoe leidt dat de gemeenschap als één procespartij moet worden gezien (5.4.5). Moeten zij als gevolg hiervan als één procespartij worden gezien, of behouden zij ieder hun procesautonomie?

5.4.1 *Vrijwillig strijdgenootschap*

151. Bij een vrijwillig strijdgenootschap gaat het om verschillende vorderingen tussen verschillende personen terwijl die vorderingen nauw met elkaar verband houden. Als voorbeeld kan het geval dienen waarin een werknemer schade veroorzaakt aan een derde. De derde kan in dit geval zowel de werknemer als de werkgever aanspreken (art. 6:162 en 170 lid 1 BW). Wordt de werknemer veroordeeld tot betaling van de schade en wordt deze veroordeling ten uitvoer gelegd, dan heeft, behoudens het geval dat de schade is ontstaan als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, de werknemer regres op de werkgever (art. 6:170 lid 3 jo. art. 7:661 BW). In dit geval bestaan er dus drie nauw met elkaar verbonden vorderingen.

152. Dat het vanuit het oogpunt van de proceseconomie gunstig is om deze vorderingen gelijktijdig te behandelen, behoeft nauwelijks betoog. Het procesrecht biedt verschillende manieren waarop gezamenlijke behandeling van verschillende vorderingen tussen verschillende personen kan worden bewerkstelligd. Ten eerste door subjectieve cumulatie. In dat geval worden meerdere vorderingen door of tegen meerdere personen in één dagvaarding ingesteld.¹⁶⁰ In mijn voorbeeld is het mogelijk dat het slachtoffer zowel de werkgever als de werknemer in rechte betreft. De tweede wijze waarop een vrijwillig strijdgenootschap kan ontstaan, is door de verwijzing of voeging van zaken (art. 22 en

¹⁶⁰ Vgl. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 66, Rueb 2005, p. 158, Heemskerk 2006, nr. 48 en HR 27 oktober 1978, *NJ* 1980, 102, m.nt. W.H. Heemskerk (*Vierhout/Crosland Filters*).

222 Rv). In dat geval worden de vorderingen niet tegelijk ingesteld, maar wordt de behandeling hiervan op een later tijdstip bij een rechter geconcentreerd. Zou in mijn voorbeeld het slachtoffer ervoor hebben gekozen om de werkgever en de werknemer met afzonderlijke dagvaardingen in rechte te betrekken, dan kunnen de werkgever, de werknemer en het slachtoffer op de voet van art. 220 en 222 Rv alsnog bewerkstelligen dat deze zaken gezamenlijk worden behandeld. Tot slot is het nog mogelijk dat de gedaagde een ander in vrijwaring oproept (art. 210 Rv). In mijn voorbeeld kunnen zowel de werknemer als de werkgever de ander in vrijwaring oproepen als zij door het slachtoffer worden gedagvaard.

153. De grond voor de gezamenlijke behandeling van de verschillende zaken is zowel bij subjectieve cumulatie, verwijzing en voeging van zaken, als bij de oproeping in vrijwaring in feite dezelfde. Het gaat telkens om vorderingen die een sterke samenhang met elkaar vertonen.¹⁶¹ Uit het oogpunt van de proceseconomie rechtvaardigt deze samenhang een gezamenlijke behandeling. Door deze gezamenlijke behandeling worden tegenstrijdige uitspraken voorkomen.

154. Hoewel de zaken gezamenlijk worden behandeld, blijft in al deze gevallen de partijautonomie gehandhaafd. Dit betekent dat zowel bij subjectieve cumulatie,¹⁶² verwijzing en voeging van zaken,¹⁶³ als bij vrijwaring¹⁶⁴ de zaken hun zelfstandigheid behouden. De zelfstandigheid van de zaken leidt ertoe dat de partijen in de ene zaak geen partij worden in de andere zaak¹⁶⁵ en proceshandelingen van de verschillende partijen in de verschillende zaken alleen ten aan-

¹⁶¹ Bij subjectieve cumulatie heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechter de vorderingen, zonedig ambtshalve, kan splitsen op grond van het feit dat tussen de vorderingen geen zodanige samenhang bestaat dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling wettigen; zie HR 27 oktober 1978, *NJ* 1980, 102, m.nt. W.H. Heemskerk (*Vierhout/Crosland Filters*). Bij verwijzing en voeging van zaken gaat het om zaken die ‘verknocht’ zijn (art. 220 lid 1 en 222 lid 1 Rv). Uit de wet en de rechtspraak blijkt niet wanneer dit het geval is. In de literatuur wordt echter aangenomen dat er tussen verknochtheid van zaken in de zin van art. 220 en 222 Rv en het criterium van HR 27 oktober 1978, *NJ* 1980, 102, m.nt. W.H. Heemskerk (*Vierhout/Crosland Filters*) geen verschil bestaat (Heemskerk in zijn noot onder dit arrest en Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, p. 168 en 169). De samenhang tussen de hoofdzaak en de vrijwaringzaak is evident.

¹⁶² HR 4 mei 2007, *NJ* 2007, 274 (*Maatschap Molenaar-Breedveld en Dingemans/Waterschap Brabantse Delta*).

¹⁶³ HR 22 juli 1948, *NJ* 1948, 618 en HR 21 november 1997, *NJ* 1999, 146 (*De Eendracht/Paul Häse*).

¹⁶⁴ Zie bijv. HR 21 juni 1968, *NJ* 1968, 347 (*Rovac/Residentie Assurantie*), HR 13 december 2002, *NJ* 2005, 139 (*Hoummada/Winterthur*) en HR 4 februari 2005, *NJ* 2006, 504 (*Homburg/Kremer en Smit*).

¹⁶⁵ Zie voor voeging van zaken HR 21 mei 1999, *NJ* 2000, 291, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rinsma/Van Bakels Exploitatie Bedrijf*). Zie voor subjectieve cumulatie HR 4 mei 2007, *NJ* 2007, 274 (*Maatschap Molenaar-Breedveld en Dingemans/Waterschap Brabantse Delta*).

zien van de partijen in die zaak rechtsgevolg hebben.¹⁶⁶ Zo is het mogelijk dat in de zaak tussen het slachtoffer en de werknemer, de werknemer toegeeft de schade veroorzaakt te hebben. Dit ontnemt de werkgever in de zaak tussen het slachtoffer en de werkgever niet de mogelijkheid om te betwisten dat zijn werknemer de schade heeft veroorzaakt.¹⁶⁷ Ook is het mogelijk dat in de zaak tussen de werkgever en de werknemer, de werkgever toegeeft dat de werknemer de schade heeft veroorzaakt, terwijl de werkgever in de procedure tussen hem en het slachtoffer dit betwist.

155. Hoewel één van de doelen van de gezamenlijke behandeling het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken is, leidt het beginsel van behoud van partij-autonomie ertoe dat tegenstrijdige uitspraken bij een vrijwillig strijdgenootschap niet zijn uitgesloten. Dit betekent dat de rechter ten aanzien van de verschillende partijen uiteenlopende oordelen moet vellen als zij verschillende standpunten innemen of kiezen voor een andere proceshouding. In mijn voorbeeld heeft in de zaak tussen het slachtoffer en de werknemer, de werknemer toegegeven dat hij de schade heeft veroorzaakt. Dit dwingt de rechter om dit als vaststaand aan te nemen. In de zaak tussen het slachtoffer en de werkgever is hij echter niet gebonden aan de stelling van de werknemer. Hier kan de rechter dus oordelen dat de schade niet door de werknemer is veroorzaakt. Dit soort tegenstrijdige oordelen leveren rechtens geen grote problemen op. In mijn voorbeeld kan het slachtoffer verhaal nemen op de werknemer en niet op de werkgever. Of de werknemer regres kan nemen op de werkgever, moet in een afzonderlijke procedure worden uitgemaakt. In deze procedure is het relevant of de werknemer, terwijl daartoe een rechtsplicht bestond, daadwerkelijk aan het slachtoffer schadevergoeding heeft betaald en of de verhouding tussen de werknemer en de werkgever meebrengt dat de werkgever gehouden is de door de werknemer betaalde schadevergoeding te vergoeden. Het is niet relevant of de werkgever ook zelf hoofdelijk aansprakelijk is. In die procedure hebben beide eerdere vonnissen geen gezag van gewijsde, dus de vraag of regres mogelijk is, staat geheel open.

De reden dat de bovenstaande tegenstrijdige vonnissen geen probleem vormen, is gelegen in het feit dat het mogelijk is om de rechtsverhoudingen ieder afzonderlijk te bezien. In de rechtsverhouding slachtoffer-werknemer kan worden beslist ongeacht het antwoord op de vraag of de werkgever ook aansprakelijk is. In de rechtsverhouding slachtoffer-werkgever kan worden beslist ongeacht de vraag of de werknemer aansprakelijk is. Dit leidt ertoe dat beide rechtsverhou-

¹⁶⁶ Zie voor subjectieve cumulatie: HR 28 mei 1999, *NJ* 2000, 290, m.nt. J.B.M. Vranken (*Spectrum/Van der Valk*).

¹⁶⁷ Uiteraard kan het slachtoffer in dat geval de werknemer als getuige oproepen. In dat geval staat het de werkgever vrij om te trachten aan te tonen dat zijn werknemer zich vergist en dat de werkelijke oorzaak elders moet worden gezocht.

dingen ook kunnen worden gesplitst en in afzonderlijke zaken kunnen worden afgedaan.

156. Bij subjectieve cumulatie doet zich slechts één uitzondering voor op het beginsel behoud van partijautonomie en het daarmee verbonden beginsel van behoud van zelfstandigheid van zaken. Art. 140 lid 2 Rv bepaalt dat ingeval meerdere personen worden gedagvaard en slechts enkelen van hen verschijnen, een vonnis tegen alle gedaagden als een vonnis op tegenspraak geldt. Dit betekent dat ook voor de niet verschenen gedaagden slechts hoger beroep openstaat.¹⁶⁸

5.4.2 *Gedwongen strijdgenootschap*

157. Net als bij een vrijwillig strijdgenootschap gaat het bij een gedwongen strijdgenootschap om een meerpartijenverhouding. Deze processuele meerpartijenverhouding ontstaat op een wijze die lijkt op subjectieve cumulatie.¹⁶⁹ Eén of meer eisers stellen hun vordering in tegen één of meer gedaagden. Anders dan bij een vrijwillig strijdgenootschap is het niet mogelijk om de rechtsverhoudingen ten aanzien van de verschillende partijen te splitsen. Bij een gedwongen strijdgenootschap gaat het erom dat

‘het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen luidt in dezelfde zin.’¹⁷⁰

¹⁶⁸ Een merkwaardige regel, aangezien deze regel tot gevolg heeft dat de eiser het in zijn macht heeft om door meerdere partijen te dagvaarden, de niet verschenen partijen de mogelijkheid van verzet te ontnemen. Kiest hij ervoor om alle partijen apart te dagvaarden en eventueel daarna voeging van zaken te vorderen, dan blijft de mogelijkheid van verzet voor hen allen behouden. Na het verstrijken van de appeltermijn rest de niet verschenen partijen geen rechtsmiddel meer. Of dit aan de eisen van een eerlijke procedure als bedoeld in art. 6 EVRM voldoet, kan worden betwijfeld. Het voordeel van deze regeling is wel dat wordt bewerkstelligd dat ook in hogere instantie de zaken gezamenlijk worden behandeld. Het argument dat op deze wijze tegenstrijdige uitspraken worden voorkomen, is echter niet zo sterk. Het verweer van de ene gedaagde heeft immers alleen werking in zijn zaak, niet in de overige zaken. De rechter mag het verweer van de wel verschenen gedaagden dus niet ten gunste van de niet verschenen gedaagden laten werken; zie HR 28 mei 1999, *NJ* 2000, 290, m.nt. J.B.M. Vranken (*Spektrum/Van der Valk*). De combinatie van wel en niet verschenen gedaagden leidt dus vrijwel zeker tot tegenstrijdige vonnissen. Dit komt omdat de rechter ten aanzien van de niet verschenen gedaagden de vordering moet toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt (art. 139 Rv), terwijl hij ten aanzien van de wel verschenen gedaagden alleen de vordering kan toewijzen na weging van het verweer van de gedaagde.

¹⁶⁹ Het betreft hier geen geval van echte subjectieve cumulatie: Heemskerk 1972, nr. 18.

¹⁷⁰ Zie bijv. HR 21 mei 1999, *NJ* 2000, 291, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rinsma/Van Bakels Exploitatie Bedrijf*). In het verleden zijn in de rechtspraak ook andere criteria gebruikt; zie hierover De Folter 2001, p. 131 en 132. Het eensluidend-criterium vormt echter verreweg de grootste groep van gevallen waarin een ondeelbare rechtsverhouding wordt aangenomen.

De formulering dat, ‘het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van alle berokkenen luidt in dezelfde zin’, heeft iets van een toverformule.¹⁷¹ De Hoge Raad heeft tot nu toe geweigerd zich in algemene zin uit te spreken over de vraag wanneer van een processueel ondeelbare rechtsverhouding sprake is. Volgens de Hoge Raad mag een processueel ondeelbare rechtsverhouding slechts worden aangenomen,

‘indien aard en inhoud van de rechtsverhouding daartoe nopen, hetgeen meebrengt dat de vraag of van zodanige ondeelbaarheid kan worden gesproken, zich niet altijd leent voor beantwoording in algemene zin, aangezien de bijzonderheden van het gegeven geval van doorslaggevende betekenis kunnen zijn.’¹⁷²

Gezien deze uitspraak van de Hoge Raad mag het niet verbazen dat de rechtspraak van de Hoge Raad over de vraag wanneer sprake is van een gedwongen strijdgenootschap, een casuïstisch beeld oplevert.¹⁷³

Exceptio plurium litis consortium

158. Als sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, dan kan deze rechtsverhouding alleen worden berecht als alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen bij het geding zijn betrokken. Is dit niet het geval, dan krijgen de partijen de beschikking over een bijzonder verweermiddel, de zogenoemde *exceptio plurium litis consortium*. Dit verweermiddel houdt een beroep in op het feit dat niet alle partijen die deel uitmaken van het strijdgenootschap, in het geding zijn betrokken. Wijst de rechter een beroep op het verweer toe, dan verklaart hij de eiser niet-ontvankelijk in zijn vordering, althans wijst hij deze af. Dit verweermiddel is, anders dan zijn naam doet vermoeden, geen exceptief verweer, maar een verweer ten principale in de zin van art. 128 lid 3 Rv.¹⁷⁴ Dit betekent dat het verweer ook na de conclusie van antwoord kan worden opgeworpen.

159. De partij die met een beroep op de exceptie wordt geconfronteerd, kan de gevolgen van de toewijzing ervan afwenden, door het strijdgenootschap te herstellen. In de dagvaardingsprocedure gebeurt dit door, overeenkomstig art. 118 Rv, de overige bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te

¹⁷¹ Vgl. A-G Bakels voor HR 21 mei 1999, *NJ* 2000, 291, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rinsma/Van Bakels Exploitatie Bedrijf*).

¹⁷² HR 26 maart 1993, *NJ* 1993, 489, m.nt. P.A. Stein (*Clarijs/Van Goethem*).

¹⁷³ Vgl. Vranken in zijn noot onder HR 21 mei 1999, *NJ* 2000, 291, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rinsma/Van Bakels Exploitatie Bedrijf*).

¹⁷⁴ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 144, Rueb 2005, p. 99, Heemskerk 2006, nr. 66 en Korthals Altes & Groen 2005, nr. 44, voetnoot 99 en de conclusie van A-G Asser voor HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 374, m.nt. H.E. Ras (*Staat/G.*).

roepen.¹⁷⁵ Zo wordt bewerkstelligd dat de uitspraak ten aanzien van alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen dezelfde werking zal hebben.

5.4.3 *Processueel ondeelbare rechtsverhoudingen en de gemeenschap*

160. Zoals gezegd, kan de vraag of van een processueel ondeelbare rechtsverhouding sprake is, niet in algemene termen worden beantwoord. Dit wil niet zeggen dat deze vraag niet voor een deelgebied van het recht in algemene termen kan worden beantwoord. In het kader van de gemeenschap zal een rechtsvordering die de gemeenschap betreft, in de regel een processueel ondeelbare rechtsverhouding opleveren. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen twee typen rechtsvorderingen. Bij het eerste type rechtsvordering is sprake van een gedwongen strijdgenootschap, bij het tweede type van wat ik een noodzakelijk strijdgenootschap zal noemen. Ik zal beide rechtsvorderingen bespreken.

Gedwongen strijdgenootschappen gemeenschap

161. Van een gedwongen strijdgenootschap is sprake als het gemeenschappelijke recht zelf voorwerp is van de rechtsstrijd. Dit is het geval als de geldigheid van of gerechtigdheid tot een dergelijk goed het onderwerp van de procedure vormt, maar ook als het onderwerp van de procedure wordt gevormd door een bevoegdheid die aan het gemeenschappelijke goed is verbonden, of door een verplichting die op grond van het goederenrecht is verbonden aan het gemeenschappelijke goed. Een rechterlijke uitspraak in een dergelijke zaak heeft gevolgen voor het goed zelf. Een dergelijke uitspraak móet dus wel werking hebben tegen alle deelgenoten.

162. Dat de deelgenoten een gedwongen strijdgenootschap vormen indien een gemeenschappelijk goed zelf voorwerp van de procedure vormt, kan met een voorbeeld worden aangetoond. Neem het geval waarin A pretendeert eigenaar te zijn van een huis dat door B en C wordt bewoond en als hun gemeenschappelijk eigendom wordt beschouwd. Zou het voor A mogelijk zijn om zijn eigendomsrecht te zijner keuze uitsluitend tegen B dan wel C te handhaven, dan is het mogelijk dat de rechter in de verhouding A-B een andere uitspraak doet dan in de verhouding A-C. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat de rechter in de verhouding A-B oordeelt dat het huis aan B en C gezamenlijk gemeenschappe-

¹⁷⁵ Korthals Altes & Groen 2005, nr. 44, De Folter 2001, p. 123-124 met verwijzingen, Vranken, noot bij HR 21 mei 1999, *NJ* 2000, 291, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rinsma/Van Bakels Exploitatie Bedrijf*), Knigge 1998, p. 301, Winters 1997, p. 82, De Folter 1996, p. 204, Haardt 1971, p. 289-290. Anders, ten aanzien van het appel, Heemskerk 2006, nr. 150.

Of art. 118 Rv de grond biedt om in een dergelijk geval de ontbrekende partijen in het geding te roepen, wordt wel betwijfeld. Zie echter HR 5 oktober 2001, *NJ* 2002, 402, m.nt. W.M. Kleijn (*Testament Van der Vijver*), waaruit lijkt te volgen dat deze mogelijkheid wel degelijk bestaat.

lijk toebehoort, terwijl de rechter in de verhouding A-C oordeelt dat het huis aan A toebehoort. Dit leidt tot een gordiaanse knoop. Deze gordiaanse knoop manifesteert zich allereerst bij de tenuitvoerlegging van deze uitspraak. Indirecte executie is nog denkbaar. C kan op straffe van een dwangsom worden veroordeeld het huis te verlaten, terwijl een dergelijke veroordeling ten opzichte van B achterwege blijft. Het is echter niet duidelijk welk belang A heeft met het ten uitvoer leggen van deze veroordeling, aangezien dit niet ertoe kan leiden dat het huis voor A beschikbaar wordt. Directe executie is ook moeilijk denkbaar. Immers, A kan slechts C ontruimen en moet niet alleen de blijvende aanwezigheid van B dulden, maar bovendien moet A dulden dat B gerechtigd is om C wederom toegang tot het pand te verschaffen. De gordiaanse knoop manifesteert zich ook, en dit is belangrijker, bij de toepassing van het gezag van gewijsde. De koper van een goed is ook gebonden aan het gezag van gewijsde van een vonnis dat geldt tegen zijn rechtsvoorganger (art. 236 lid 2 Rv). Mede in verband hiermee bepaalt art. 3:17 lid 1, aanhef en onder e, BW dat rechterlijke uitspraken die de rechtstoestand van een registergoed, of de bevoegdheid om daarover te beschikken betreffen, kunnen worden ingeschreven in de openbare registers. Zouden beide vonnissen worden ingeschreven, dan is het voor een derde onmogelijk om de ware rechtstoestand van het pand te achterhalen. Is het pand nu eigendom van A of van B en C gezamenlijk? Hiermee wordt het pand voor zowel A als voor B en C onvervreemdbaar.

163. Het voorgaande toont aan dat als de gerechtigdheid van een aan de deelgenoten toebehorend goed voorwerp van de rechtsstrijd is, de deelgenoten een gedwongen strijdgenootschap vormen. Hetzelfde geldt als wordt geprocedeerd over een aan het goed verbonden bevoegdheid of verplichting. Van een procedure die wordt gevoerd over een aan een goed verbonden verplichting zou bijvoorbeeld sprake zijn in het geval waarin B en C ontruiming van A uit hun gezamenlijke pand zouden vorderen, terwijl A stelt dat het pand aan hem toebehoort. Dat in dat geval uiteenlopende uitspraken rechtens niet toelaatbaar zijn, blijkt wel uit het bovenstaande betoog. Van een procedure die wordt gevoerd op basis van een aan de goederen verbonden verplichting, is bijvoorbeeld sprake als tegen de deelgenoten een vordering tot erfafscheiding wordt ingesteld. Wordt een dergelijke vordering tegen de ene deelgenoot toegewezen, terwijl deze tegen de ander wordt afgewezen, dan is tenuitvoerlegging problematisch, omdat de deelgenoot tegen wie de vordering is afgewezen rechtens de werkzaamheden ten behoeve van de erfafscheiding niet hoeft te dulden. Uiteenlopende uitspraken leveren bovendien een probleem op bij de toepassing van het gezag van gewijsde. Zouden de deelgenoten hun gemeenschappelijke goed aan een derde overdragen, dan zou deze derde zijn gehouden mee te werken aan de erfafscheiding, maar ook zou hij zijn gerechtigd om zich hiertegen te verzetten.

164. Bij het voorgaande moet wel nauwkeurig onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin een gemeenschappelijk recht of een daaraan verbonden bevoegdheid of verplichting onderwerp is van de rechtsstrijd en het geval waarin een rechterlijke uitspraak weliswaar indirecte gevolgen heeft voor het gemeenschappelijke recht, maar het onderwerp van de procedure niet dit gemeenschappelijke recht betreft. Zo moet bijvoorbeeld de procedure tot vernietiging van een overeenkomst worden gevoerd tegen de contractuele wederpartij en niet tegen de latere verkrijger van een vordering uit deze overeenkomst. Onderwerp van de rechtsstrijd is de geldigheid van de overeenkomst. Het feit dat vernietiging van de overeenkomst ertoe leidt dat de vordering die uit deze overeenkomst is ontstaan daarmee achteraf nooit heeft bestaan, is slechts een secundair gevolg.

Noodzakelijk strijdgenootschap

165. Van een gedwongen strijdgenootschap is géén sprake als het onderwerp van de procedure wordt gevormd door een gezamenlijke verplichting van de deelgenoten die is ontstaan op basis van het verbintenissenrecht en het doel van de procedure is om de wederpartij een recht te verschaffen op de gemeenschappelijke goederen. In dit geval heeft de rechterlijke uitspraak zelf geen gevolg voor de gemeenschappelijke goederen. Tenuitvoerlegging van de uitspraak is evenwel alleen mogelijk als tegen alle deelgenoten een gelijkkluidende uitspraak is verkregen. Ik zou daarom willen spreken van een *noodzakelijk strijdgenootschap*.

166. In de situatie van een noodzakelijk strijdgenootschap vormen uiteenlopende oordelen ten aanzien van de verschillende deelgenoten rechteens geen bezwaar. Dit kan eenvoudig worden aangetoond met het voorbeeld waarin A van de deelgenoten B en C een huis heeft gekocht dat deel uitmaakt van een tussen B en C bestaande eenvoudige gemeenschap en B en C vervolgens weigeren dit huis te leveren. In dit geval vormen B en C een pluraliteit van schuldenaren en zijn zij, aangezien de verplichting tot levering van het huis een ondeelbare prestatie betreft, allen hoofdelijk aansprakelijk (art. 6:6 lid 2 BW). In dit voorbeeld is A gerechtigd om hetzij B, hetzij C afzonderlijk aan te spreken. Dit roept het risico in het leven dat de rechter in de verhouding A-B een andere uitspraak doet dan in de verhouding A-C. Het bestaan van deze tegenstrijdige uitspraken vormt evenwel geen probleem. Een vonnis waarin de rechter oordeelt dat B verplicht is tot levering, is niet onverenigbaar met een vonnis waarin de rechter oordeelt dat voor C een dergelijke verplichting niet bestaat. Met een dergelijk vonnis kan A het vermogen van B uitwinnen en zo schadevergoeding wegens wanprestatie verkrijgen. Problemen doen zich pas voor als A zou proberen om met het vonnis zijn recht op levering te effectueren. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen directe en indirecte executie.

167. Directe executie zou in dit geval moeten plaatsvinden doordat de rechter op voet van art. 3:300 BW bepaalt dat zijn uitspraak in de plaats treedt van de leveringsakte die A, B en C gezamenlijk zouden moeten opmaken. Aangezien in de verhouding tot C niet vaststaat dat C verplicht is een dergelijke akte op te maken, staat deze weg niet open. Een dergelijke akte zou bovendien niet als leveringsakte kunnen dienen, aangezien, blijkens een rechterlijke uitspraak, een geldige titel voor overdracht tussen A en C ontbreekt.

168. Indirecte executie zou moeten plaatsvinden door de veroordeling tot nakoming te versterken met een dwangsom. Volgens het Benelux Gerechtshof is een dwangsomveroordeling bij hoofdelijke schuldenaren mogelijk, ook als de te verrichten prestatie ondeelbaar is.¹⁷⁶ Dit betekent in beginsel ook dat één hoofdelijke schuldenaar afzonderlijk kan worden veroordeeld. In het door mij geschetste voorbeeld ligt dit anders. In dit geval bestaat voor B de praktische onmogelijkheid om het huis zonder medewerking van C te leveren. Als blijkt dat C niet vrijwillig wil meewerken, dan kan B op basis van art. 611d Rv opheffing van de dwangsomveroordeling vorderen.¹⁷⁷

169. Uit het voorgaande blijkt dat ten aanzien van een verbintenis die op alle deelgenoten rust, uiteenlopende uitspraken rehtens mogelijk zijn, maar dat gelijklopende uitspraken noodzakelijk zijn voor de executie op een gemeenschappelijk goed. Vandaar dat ik niet spreek over een gedwongen strijdgenootschap, maar van een noodzakelijk strijdgenootschap. Het recht kan op twee manieren op een noodzakelijk strijdgenootschap reageren. Ten eerste is denkbaar dat ook de partijen in een noodzakelijk strijdgenootschap het verweermiddel van de *exceptio plurium litis consortium* toekomt ingeval de vordering waarmee executie van een gemeenschappelijk goed wordt beoogd, niet tegen alle deelgenoten wordt ingesteld. In mijn voorbeeld zou dit betekenen dat B zich op de *exceptio plurium litis consortium* mag beroepen als A de vordering tot levering van het gemeenschappelijke huis tegen B alleen instelt. Het is echter ook mogelijk om de gevolgen van een dergelijk beroep verder te mitigeren. De rechter zou het beroep kunnen begrijpen als een beroep op (tijdelijke) overmacht. Zolang de vordering alleen tegen B wordt ingesteld, en C zich niet vrijwillig bereid verklaart aan die veroordeling gehoor te geven, bestaat er voor B inderdaad (mogelijk) een overmachtsituatie. Een geslaagd beroep op overmacht staat dan aan een veroordeling tot nakoming in de weg.¹⁷⁸ A kan echter niet alleen aan afwijzing van de vordering ontkomen door C alsnog in de procedure te betrekken, maar ook door aan zijn vordering tot veroordeling van B de voorwaarde te verbinden dat

¹⁷⁶ Ben-GH 17 december 1998, *NJ* 1999, 265 (*Van der Klooster en Beuzelin/Gent*).

¹⁷⁷ Vgl. over het onmogelijkheidsbegrip van art. 611d Rv Beekhoven van den Boezem 2006, par. 16.5.

¹⁷⁸ Hartkamp & Sieburgh 2008, nr. 349.

hetzij C vrijwillig meewerkt, hetzij C alsnog door A wordt gedwongen tot medewerking.

170. De vraag welke van deze twee opvattingen de juiste is, moet mijns inziens worden beantwoord door te bezien of een afzonderlijke veroordeling zinvol is. Als de eiser alleen beoogt de uitspraak op de gemeenschappelijke goederen te executeren, dan is een afzonderlijke veroordeling van een deelgenoot zinloos. De eiser heeft geen belang bij deze veroordeling en zijn vordering moet dan ook worden afgewezen (art. 3:300 BW). Heeft de eiser wél belang bij een afzonderlijke veroordeling, bijvoorbeeld omdat hij deze veroordeling op het privévermogen van de deelgenoot ten uitvoer kan leggen, of omdat hij redelijkerwijze mag vermoeden dat de overige deelgenoten bereid zullen zijn vrijwillig aan de veroordeling te voldoen, dan moet de rechter een beroep op de exceptie begrijpen als een beroep op overmacht en kan de eiser volstaan met het voor zover nodig voorwaardelijk formuleren van zijn eis.

Voor deze opvatting vind ik steun in de rechtspraak van de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad vormt in een geschil over de vraag of verhaal bestaat op een nalatenschap die onder voorrecht van boedelbeschrijving is aanvaard, een geschil waarin niet anders kan worden beslist dan in een geding gevoerd tegen alle deelgenoten tezamen.¹⁷⁹ Een enkele vennoot kan echter worden veroordeeld tot betaling van een vennootschapsschuld. Is tegen alle vennoten een gelijkkluidende veroordeling verkregen, dan is bovendien verhaal op het gemeenschappelijk vermogen mogelijk.¹⁸⁰ In het eerste geval dient de uitspraak geen ander doel dan verhaal op het gemeenschappelijke vermogen, hetgeen alleen mogelijk is als de uitspraak tegen alle deelgenoten gelijkkluidend is. In het tweede geval is verhaal ook (juist) mogelijk op het privévermogen van de vennoot.

5.4.4 *Exceptio plurium litis consortium en de bestuursverdeling*

171. Zoals gezegd, heeft de partij die in een geding wordt betrokken waar een processueel ondeelbare rechtsverhouding onderwerp van de rechtsstrijd is, terwijl niet alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding zijn betrokken, het verweermiddel van de *exceptio plurium litis consortium*. Als de ondeelbare rechtsverhouding een gemeenschappelijk goed betreft, kan de bestuursverdeling aan een succesvol beroep op de exceptie in de weg staan. De bestuursverdeling maakt bij de meeste gemeenschappen één of meer deelgenoten bevoegd om, zonder medewerking van de overige deelgenoten, ten behoeve van de gemeenschap een rechtsvordering in te stellen.¹⁸¹ Is de bestuursverdeling op

¹⁷⁹ HR 18 juni 1943, NJ 1943, 511 (*Gemeente Doetinchem/Lieftink*).

¹⁸⁰ HR 3 december 1971, NJ 1972, 117, m.nt. G.J. Scholten (*Hotel Jan Luyken*).

¹⁸¹ Bij de eenvoudige gemeenschap en de liquidatiegemeenschap bepaalt de wet dit expliciet in art. 3:171 BW. Bij de overige gemeenschappen volgt deze bevoegdheid uit het feit dat

een volmacht gebaseerd, dan worden op deze wijze alle deelgenoten partij. Is de bestuursverdeling op een machtiging gebaseerd, dan brengt het feit dat de individuele deelgenoot bevoegd is de rechtsvordering in te stellen mee dat de overige deelgenoten aan de rechterlijke beslissing zijn gebonden.¹⁸² Dit betekent dat langs een andere weg wordt bewerkstelligd dat de uitspraak van de rechter voor alle partijen dezelfde werking heeft. Ook in dit geval zal de rechter dus een beroep op de exceptie moeten verwerpen.

5.4.5 *Processuele bevoegdheden van de individuele deelgenoten*

172. Bij een gedwongen strijdgenootschap geldt de eis dat de uitspraak werking heeft tegen alle bij deze rechtsverhouding betrokken partijen. Bij een noodzakelijk strijdgenootschap is executie van de uitspraak op de goederen van de gemeenschap alleen ten volle mogelijk als tegen alle deelgenoten een gelijklopende uitspraak is verkregen. In beide gevallen kan men de vraag stellen welke rechten de individuele deelgenoten in een dergelijke procedure hebben. Brengt de materiële eenheid tussen de deelgenoten mee dat zij ook een processuele eenheid vormen? Moeten de deelgenoten kiezen voor één proceshouding, of staat het hen vrij ieder hun eigen proceshouding te kiezen?

Een voorbeeld verduidelijkt deze vraag. Neem het geval dat ik hierboven heb opgevoerd,¹⁸³ waarin A de deelgenoten B en C de eigendom van een huis betwist. Stel dat B en C van mening verschillen over hun processtrategie. Moeten zij dan desondanks één gezamenlijke processtrategie kiezen of mogen zij dan ieder hun eigen processtrategie volgen? Mag bijvoorbeeld B andere argumenten aanvoeren dan C doet of mag bij een ongunstige uitspraak B, afzonderlijk van C, ervoor kiezen om tegen de uitspraak een rechtsmiddel in te stellen?

De beantwoording van deze vraag komt neer op de keuze welk belang men doorslaggevend wil doen zijn, de materieelrechtelijke eenheid tussen de deelgenoten, of hun individuele (proces)autonomie: hun recht om naar eigen inzicht over hun rechten en verplichtingen te beschikken. De Hoge Raad heeft in het arrest *Erven Van Liempt/Van Rooy* de afweging in het voordeel van de (proces)autonomie beslist.¹⁸⁴ In dit arrest overweegt de Hoge Raad,

de bevoegdheid om ter zake van een goed te procederen een bevoegdheid is die aan het goed is verbonden.

¹⁸² MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1283 e.v. en HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 461 (*Ga-schereau/Sunresorts*).

¹⁸³ Onder nr. 131.

¹⁸⁴ HR 21 november 1952, *NJ* 1953, 468, m.nt. D.J. Veegens (*Erven Van Liempt/Van Rooy*). Anders nog ten aanzien van de vennootschap onder firma Rb. Almelo 29 september 1920, *W.* 10736.

‘dat voor al wie in rechte wordt gedaagd de bevoegdheid om zich te verdedigen een belang vormt van zo dringenden aard, dat het gebruik maken daarvan niet behoort te kunnen worden verhinderd door de houding van wie mede is gedaagd; dat op gelijken grond moet worden aangenomen dat, zo in eersten aanleg meer dan één gedaagde in het geding heeft gestaan en de vordering tegen hen allen is toegewezen, elk der veroordeelden de bevoegdheid heeft gebruik te maken van de mogelijkheid tot hogere voorziening, ongeacht de houding van zijn mede-veroordeelden; dat dit ook geldt indien in geschil is een rechtsverhouding, waarover de rechter, omdat het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing ten aanzien van allen luidt in dezelfde zin, niet anders kan beslissen dan in een geding gevoerd tegen alle bij die rechtsverhouding betrokkenen tezamen (...).’

Aangenomen moet worden dat deze afweging niet anders uitvalt indien de gezamenlijke deelgenoten als eiser optreden. Ook dan moet aan hen de vrijheid worden gegund om zelfstandig hun processtrategie te bepalen.¹⁸⁵

173. Deze vrijheid roept drie vragen op. Ten eerste: wat is rechtens indien één van de deelgenoten onafhankelijk een rechtsmiddel instelt tegen een reeds verkregen uitspraak? Ten tweede: hoe moet de rechter omgaan met de afzonderlijke processtandpunten van de deelgenoten? Wat moet hij doen als de deelgenoten verschillende, aanvullende of tegenstrijdige processtandpunten innemen? Ten derde: welke grenzen stelt de bestuursverdeling aan de bevoegdheid van de deelgenoten om ieder hun eigen procesopstelling te kiezen? Stel bijvoorbeeld dat de gemeenschap een privatieve bestuursverdeling kent, kan dan de niet-bestuursbevoegde deelgenoot ‘mee procederen’?

Ius recursum extensum

174. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad heeft ieder lid van een gedwongen strijdgenootschap afzonderlijk de bevoegdheid om zelfstandig een rechtsmiddel tegen deze uitspraak in te stellen. Deze bevoegdheid wordt wel het *ius recursum extensum*¹⁸⁶ genoemd. Hiermee doelt men niet alleen op de bevoegdheid van de partij om afzonderlijk een rechtsmiddel in te stellen, maar ook op de werking van dit rechtsmiddel tegenover de overige bij de rechtsverhouding betrokken partijen. De uitspraak die als gevolg van het rechtsmiddel wordt verkregen, heeft namelijk kracht tegenover alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen.¹⁸⁷ Het *ius recursum extensum* houdt ook in dat geen van de deelge-

¹⁸⁵ Vgl. in dat geval voor de liquidatiegemeenschap en de eenvoudige gemeenschap bovendien art. 3:171 BW.

¹⁸⁶ Vgl. Veegens in zijn noot onder HR 21 november 1952, *NJ* 1953, 468, m.nt. D.J. Veegens (*Erven Van Liempt/Van Rooy*) en Korthals Altes & Groen 2005, nr. 45.

¹⁸⁷ Heemskerk 2006, nr. 150, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 45, Snijders 2003, nr. 119, HR 21 november 1952, *NJ* 1953, 468, m.nt. D.J. Veegens (*Erven Van Liempt/Van Rooy*), HR 21 juni 1968, *NJ* 1968, 315, m.nt. D.J. Veegens (*Damen/Rasenberg*), HR 5 januari 1962, *NJ* 1962, 141 (*Chu Pao Zay/Kervel*), HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 62 (*De Wit/Al-*

noten de bevoegdheid heeft om tegen de kenbare wil van de overige deelgenoten de zaak in te trekken.¹⁸⁸

Uiteenlopende processtandpunten

175. De vrijheid van de deelgenoten om uiteenlopende processtandpunten te kiezen gaat zeer ver. Zo is het mogelijk dat sommige deelgenoten aan de zijde van de eiser optreden, terwijl andere deelgenoten aan de zijde van de gedaagde optreden.¹⁸⁹ Het is wel de vraag hoe de rechter met dit soort uiteenlopende standpunten moet omgaan. In beginsel geldt de regel dat verweren van het ene lid van een strijdgenootschap, ook werking hebben ten opzichte van de overige leden van het strijdgenootschap.¹⁹⁰ Hetzelfde zal gelden bij stellingen die een lid van het strijdgenootschap aanvoert ter staving van zijn eis. Deze stellingen werken ook in het voordeel van de overige leden van het strijdgenootschap. De ene deelgenoot kan zich dus erop beroepen dat een vordering al is verjaard, terwijl een andere deelgenoot kan stellen dat de vordering reeds is betaald. Treden de deelgenoten als eiser op, dan kan de ene deelgenoot aanvoeren dat de vordering is gebaseerd op wanprestatie, terwijl de andere deelgenoot voor het anker van onrechtmatige daad gaat liggen.¹⁹¹ In beide gevallen zal de rechter alle stellingen moeten onderzoeken voordat hij de vordering kan toe- of afwijzen.

176. Het feit dat alle deelgenoten hun eigen processtrategie mogen kiezen, maakt het ook mogelijk dat zij tegenstrijdige standpunten innemen. Dit stelt de rechter voor de vraag hoe hij hierop moet reageren. Wat moet hij bijvoorbeeld doen als tegen de deelgenoten een eis wordt ingesteld en één van de deelgenoten feiten die de eiser aan zijn eis ten grondslag legt, toegeeft, terwijl de overige deelgenoten deze feiten bestrijden? Als hoofdregel moet weer gelden dat de stellingen of het verweer van de ene deelgenoot werken ten gunste van de overige deelgenoten. Bovendien is het vaste rechtspraak dat de rechter de primaire stelling van een partij niet terzijde mag schuiven op de enkele grond dat deze stelling strijdig is met hetgeen subsidiair is gesteld.¹⁹² Dit geldt des te meer als er meerdere partijen zijn. Uit deze regels volgt dat de rechter de feiten moet onder-

dersma en Van der Made) en HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Brandao/Joral*).

¹⁸⁸ Vgl. HR 14 april 1927, *NJ* 1927, 725, m.nt. P. Scholten (*De Eendracht*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat de berusting van één vennoot niet de niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep voor wat betreft de vennootschap tot gevolg heeft.

¹⁸⁹ Vgl. HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 34 (*Brasse/Merckelbagh*).

¹⁹⁰ Vgl. HR 28 mei 1999, *NJ* 2000, 290, m.nt. J.B.M. Vranken (*Spektrum/Van der Valk*).

¹⁹¹ Uiteraard is dit niet mogelijk als deze stellingen zouden inhouden dat beide deelgenoten ieder voor zich over een andere gemeenschappelijke vordering procederen.

¹⁹² HR 21 juni 1944, *NJ* 1944, 506 (*Poldermans/Lokker*), HR 13 december 1963, *NJ* 1964, 145 (*Agrippina/Faasse*), HR 23 mei 1997, *VR* 1997, 189 (*Twilhaar/Aegon*) en HR 29 april 2005, *NJ* 2006, 479, m.nt. Th.M. de Boer (*James Town/Dynamo*).

zoeken die door ten minste één van de deelgenoten wordt betwist. Komen deze feiten niet vast te staan, dan moet hij de vordering ten opzichte van alle deelgenoten afwijzen. Treden de deelgenoten als eiser op, dan geldt *mutatis mutandis* hetzelfde.

177. Een bijzonder probleem doet zich echter voor als de bestuursverdeling op volmacht is gebaseerd en meerdere deelgenoten bestuursbevoegd zijn. Nemen deze deelgenoten tegenstrijdige standpunten in, dan nemen in feite alle deelgenoten meerdere tegenstrijdige standpunten in. Het is dan de vraag hoe de rechter met deze tegenstrijdige verklaringen om moet gaan.

178. In zijn losbladige personenassociaties besteedt Slagter aandacht aan het probleem van tegenstrijdige wilsverklaringen van de deelgenoten.¹⁹³ Hij doet dit in het kader van het schoolvoorbeeld van een gemeenschap met een op volmacht gebaseerde bestuursverdeling, de vennootschap onder firma. Slagter stelt dat als hoofdregel geldt: ‘Wie het eerst komt, het eerst maalt.’ Hij geeft daarbij het aan het arrest Van Cleef/Van Sloun¹⁹⁴ ontleende voorbeeld van een vennootschap die een steenfabriek huurt en exploiteert. De vennootschap heeft een optierecht bedongen tot verlenging van de huurtermijn. Vervolgens doet vennoot A, in de aanwezigheid van vennoot B, tegenover de eigenaar van de steenfabriek afstand van het optierecht, waarop vennoot B aangeeft juist van het optierecht gebruik te willen maken. Volgens Slagter bindt de eerste wilsverklaring de vennootschap.

179. Dit standpunt van Slagter lijkt mij juist, al voel ik veel voor zijn bezwaren tegen onverkorte toepassing van deze regel. Ik zou wel willen opmerken dat de regel wie het eerst komt, het eerst maalt, de lading niet helemaal dekt. Het is niet zo dat in ieder denkbaar geval de eerste wilsverklaring de vennootschap bindt en een tweede wilsverklaring (dus) niet. Het is goed mogelijk dat beide wilsverklaringen de vennootschap binden. Volgens mij moet iedere wilsverklaring waarbij de vennootschap geldig is vertegenwoordigd, gelden als een wilsverklaring vanwege de vennootschap. Vervolgens moet volgens de normale regels van het vermogensrecht worden bezien of deze wilsverklaring effect kan sorteren. In het bovenstaande voorbeeld kan de tweede wilsverklaring inderdaad geen effect meer sorteren nu al geldig afstand is gedaan van het optierecht. Dit wil echter niet zeggen dat een tweede wilsverklaring nooit effect sorteert. Dit is duidelijk te maken door het voorbeeld van Slagter iets aan te passen. Stel dat nadat de eerste vennoot afstand heeft gedaan van het optierecht, de tweede vennoot niet aangeeft van het optierecht gebruik te willen maken, maar in plaats daarvan een aanbod doet om de huur van de fabriek te verlengen. Gaat de eige-

¹⁹³ Slagter 2005 I, III, §4, nr. 3 en Slagter 2006 II, III, §1, nr. 10.

¹⁹⁴ HR 21 december 1956, *NJ* 1959, 180, m.nt. H. Kingma Boltjens (*Van Cleef/Van Sloun*).

naar akkoord, dan komt een geldige overeenkomst tot stand. In dit voorbeeld hebben dus beide wilsverklaringen de vennootschap gebonden.

180. Volgens Slagter is de regel ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’, niet toe te passen op de processuele positie van de vennootschap, wel op de verlening van een procesvolmacht aan een advocaat.¹⁹⁵ Mijns inziens is deze stelling onjuist. Hier ziet men het belang van de precisering die ik hierboven heb toegepast. De regel ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’, laat zich inderdaad moeilijk in een procedure toepassen. De regel dat elke wilsverklaring waarbij de vennootschap geldig is vertegenwoordigd, geldt als een verklaring vanwege de vennootschap, laat zich echter uitstekend binnen het procesrecht toepassen. Vervolgens moet aan de hand van de regels van het procesrecht worden bepaald wat de werking van de verklaring is. Neem het voorbeeld waarin A de vennootschap onder firma BC aanspreekt tot betaling van achterstallig loon. In de procedure stelt vennoot B dat A nooit bij de vennootschap in dienst is geweest, terwijl C stelt dat A wel degelijk in dienst is geweest, maar dat al het verschuldigde loon reeds is betaald. Moet de rechter dan A het bewijs van zijn stelling dat hij in dienst is bij de vennootschap opdragen of moet de rechter oordelen dat deze stelling door de vennootschap niet wordt betwist en deze dus als vaststaand aannemen?

Mijns inziens is de casus op te lossen door aan te nemen dat zowel B als C de vennootschap vertegenwoordigen. Dit betekent dat B en C beiden zowel hebben verklaard dat A wel in dienst was van de vennootschap als dat A niet in dienst was van de vennootschap. Dit probleem is voor een rechter niet moeilijker op te lossen dan als slechts één procespartij tegenstrijdige standpunten inneemt. De rechter kan op grond van het standpunt van C oordelen dat vaststaat dat A in dienst bij de vennootschap was. De rechter kan ook, als het standpunt van B hem geloofwaardiger voorkomt, dit standpunt volgen.¹⁹⁶ Welk standpunt de rechter volgt, is in beginsel aan zijn oordeel overgelaten. Hierbij geldt wel een beperking. Voor zover de standpunten van B en C als primaire en subsidiaire standpunten moeten worden beschouwd, mag de rechter hetgeen primair is gesteld niet terzijde schuiven op de enkele grond dat deze stelling strijdig is met hetgeen subsidiair is gesteld.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Slagter 2006, II, III, §1, nr. 10.

¹⁹⁶ Een aardig voorbeeld hiervan vormt Ktr. Amsterdam 9 november 1950, *NJ* 1951, 431, waarin de kantonrechter de stellingen van een vennoot buiten beschouwing liet op grond van een ‘ongeoorloofde verhouding’ die zou bestaan tussen de eiser en deze vennoot.

¹⁹⁷ HR 21 juni 1944, *NJ* 1944, 506 (*Poldermans/Lokker*), HR 13 december 1963, *NJ* 1964, 145 (*Agrippina/Faasse*), HR 23 mei 1997, *VR* 1997, 189 (*Twilhaar/Aegon*) en HR 29 april 2005, *NJ* 2006, 479, m.nt. Th.M. de Boer (*James Town/Dynamo*).

Eigen processueel optreden en de bestuursverdeling

181. In het voorgaande is gebleken dat de individuele deelgenoten een verregaande bevoegdheid hebben om processueel zelfstandig op te treden. Het is de vraag in welke mate deze bevoegdheid door een privatieve bestuursverdeling wordt ingeperkt. Met andere woorden, kan een bestuursonbevoegde deelgenoot een eigen processueel standpunt innemen en wat geldt rechtens als de bestuursbevoegde deelgenoot tegen de zin van de bestuursonbevoegde deelgenoot een vordering niet instelt?

182. Een schoolvoorbeeld van een gemeenschap met een privatieve bestuursverdeling is de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap. Men zou kunnen verdedigen dat uit deze bestuursverdeling voortvloeit dat de niet-bestuursbevoegde echtgenoot zich niet mag mengen in een procedure tussen de bestuursbevoegde echtgenoot en een derde. Uit de rechtspraak blijkt echter dat het belang van de bestuursonbevoegde echtgenoot zwaarder weegt en dat deze zich in de procedure mag voegen. Dit blijkt uit het arrest Groenen/Homan en Nessmann.¹⁹⁸ In dit arrest stond de Hoge Raad de vrouw toe om zich te voegen in de procedure die tegen haar man werd gevoerd en die tot doel had om verhaal te nemen op de huwelijksgemeenschap.

183. Een andere vraag is of een privatieve bestuursverdeling aan het instellen van een vordering door een niet-bestuursbevoegde deelgenoot in de weg staat. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin een vordering tegen een derde moet worden ingesteld en het geval dat de vordering tegen de bestuursbevoegde deelgenoot¹⁹⁹ zelf moet worden ingesteld. Dit laatste behandel ik hieronder.²⁰⁰ Het geval waarin een vordering tegen een derde moet worden ingesteld, behandel ik op deze plek. De weigering om de vordering in te stellen kan wanprestatie van de weigerachtige deelgenoot tegen de overige deelgenoten opleveren. Dit kan resulteren in een schadevergoedingsverplichting. De overige deelgenoten kunnen ook via de rechter bereiken dat zij bevoegd worden de vordering in te stellen. Sommige gemeenschappen kennen hiervoor een expliciete regeling.²⁰¹ Voor zover een dergelijke regeling ontbreekt, kan via art. 3:300 BW worden bereikt dat de rechter de bestuursbevoegde deelgenoot dwingt om van zijn bestuursmacht gebruik te maken. Ook kan de weigerachtige deelgenoot worden gedwongen om aan een andere deelgenoot of eventueel een derde vol-

¹⁹⁸ HR 25 juni 1982, *NJ* 1983, 780, m.nt. P.A. Stein (*Groenen/Homan en Nessmann*).

¹⁹⁹ Onder het begrip 'bestuursbevoegde deelgenoot' begrijp ik hier ook de deelgenoot die slechts partieel bestuursbevoegd is in verband met een collectieve bestuursverdeling.

²⁰⁰ Zie nr. 193.

²⁰¹ Zie voor de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap art. 1:91 BW. Zie ten aanzien van de liquidatiegemeenschap en de eenvoudige gemeenschap art. 3:167 lid 2 en 3 BW.

macht of machtiging te verlenen. Mocht optreden dringend gewenst zijn, dan kan de regeling van zaakwaarneming²⁰² een oplossing bieden.

Conclusie

184. Uit het voorgaande blijkt dat het feit dat de deelgenoten deel uitmaken van een gedwongen strijdgenootschap hun processuele onafhankelijkheid nauwelijks aantast. Zij behouden de rechten die zij als individuele procespartijen zouden hebben. Wel is het zo dat de processuele handelingen van de overige deelgenoten gevolg hebben voor alle deelgenoten.

5.5 De gemeenschap als quasi-rechtssubject?

185. In mijn tussenconclusie heb ik gesteld dat in alle gevallen waarin een gemeenschappelijk recht, een daaraan verbonden bevoegdheid of verplichting voorwerp van de rechtsstrijd is, de gezamenlijke deelgenoten materiële procespartij zijn. Dit geldt tevens in het geval een procedure wordt gevoerd op basis van de gemeenschappelijke aansprakelijkheid van de deelgenoten die uitwinning van de gemeenschappelijke goederen mogelijk maakt. Zijn de gezamenlijke deelgenoten materiële procespartij, dan bepaalt de bestuursverdeling door welke deelgenoot of tegen welke deelgenoot de procedure kan worden aangespannen. Dit stelsel sluit goed aan bij de leer van de Hoge Raad dat in beginsel alleen rechtssubjecten als procespartij kunnen optreden.²⁰³

Ten aanzien van de vennootschap onder firma wordt in de literatuur echter anders geleerd. In de literatuur wordt wel geleerd dat de vennootschap onder firma een afzonderlijke processuele eenheid vormt los van de vennoten. De vennootschap onder firma wordt als een quasi-rechtssubject aangeduid. Deze leer is op drie pijlers gegrondvest. Allereerst wordt een beroep gedaan op de rechtspraak van de Hoge Raad dat de vennootschap onder firma uit hoofde van een 'eigen recht'²⁰⁴ in rechte kan optreden,²⁰⁵ daarnaast wijst men erop dat de vennootschap onder firma onder de firmanaam in rechte kan optreden²⁰⁶ en tot slot wordt erop gewezen dat de Hoge Raad meermaals verwijst naar de vennootschap onder firma als procespartij.²⁰⁷ In deze paragraaf onderzoek ik of mijn tussenconclusie stand houdt in het licht van de leer dat de vennootschap onder firma een quasi-rechtssubject vormt.

²⁰² De liquidatiegemeenschap en de eenvoudige gemeenschap kennen een bijzondere zaakwaarnemingsregeling in art. 3:170 lid 1 BW.

²⁰³ HR 25 november 1983, *NJ* 1984, 297, m.nt. W.H. Heemskerk (*Van der Peijl/De minister van Onderwijs en Wetenschappen*).

²⁰⁴ HR 6 april 1936, *NJ* 1936, 425, m.nt. P. Scholten (*Simplexite*) en HR 8 juni 1990, *NJ* 1990, 607 (*Gebr. Kruithof/Wittenberg*).

²⁰⁵ Vgl. Mohr 1998, p. 151.

²⁰⁶ Maeijer 1997, nr. 199.

²⁰⁷ HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 128 (*VAN/Popo*).

5.5.1 'Eigen recht'-rechtspraak

186. In de Simplexite-beschikking²⁰⁸ uit 1936 en het Gebroeders Kruithof-arrest²⁰⁹ uit 1990 spreekt de Hoge Raad over een 'eigen recht' van de vennootschap onder firma. Op basis van deze rechtspraak wordt in de literatuur wel verdedigd dat de vennootschap onder firma wel en de maatschap niet tegen haar leden kan procederen.²¹⁰ Het is echter de vraag of de Hoge Raad met de woorden een 'eigen recht' van de vennootschap daadwerkelijk iets anders heeft bedoeld dan een recht dat aan de gezamenlijke vennoten toebehoort. Eén jaar na de Simplexite-beschikking oordeelde de Hoge Raad namelijk,

‘dat toch een vennootschap onder firma niet is een afzonderlijke rechtspersoon, doch is de benaming van hare gezamenlijke leden in hun vennootschappelijk verband, welke leden de dragers van de rechten en verplichtingen der handelsvennootschap zijn (...).’²¹¹

Hieruit volgt, mijns inziens, dat de Hoge Raad ook met de woorden een 'eigen recht' van de vennootschap niets anders op het oog heeft dan een recht dat aan de gezamenlijke leden toebehoort.

187. Zoals gezegd wordt de 'eigen recht'-rechtspraak in de literatuur aangegrepen om te betogen dat de vennootschap onder firma wel en de maatschap niet tegen haar eigen leden kan procederen.²¹² Het is daarom de vraag of het noodzakelijk is om quasi-rechtssubjectiviteit van de vennootschap onder firma aan te nemen om te verklaren dat deze tegen een individuele vennoot kan procederen. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen twee vragen. Ten eerste de vraag of het mogelijk is dat tot een gemeenschap een vordering behoort op één van de deelgenoten. Ten tweede de vraag hoe, als dit inderdaad mogelijk is, het mogelijk is dat de gezamenlijke deelgenoten kunnen besluiten dit recht tegen één van hen geldend te maken. De vragen of de vennootschap onder firma hierbij onder de firmanaam kan procederen en het verschil tussen de gezamenlijke

²⁰⁸ HR 6 april 1936, *NJ* 1936, 425, m.nt. P. Scholten (*Simplexite*).

²⁰⁹ HR 8 juni 1990, *NJ* 1990, 607 (*Gebr. Kruithof/Wittenberg*).

²¹⁰ Zo bijv. Zwemmer 2005, I, II, § 3, nr. 3.

²¹¹ HR 8 april 1937, *NJ* 1937, 640, m.nt. P. Scholten (*Kersten/Mantel*). Zie van dezelfde strekking HR 20 november 1914, *NJ* 1915, 148 (*Burgemeester van Amsterdam q.q./Hindoopen*). Dat de vennootschap onder firma geen rechtspersoon is, blijkt verder nog uit HR 23 december 1892, *W.* 6287 (*Planteijdt*), HR 20 januari 1905, *W.* 8173 (*Owtom/Stelling*), HR 2 november 1949, *NJ* 1950, 52, HR (belastingkamer) 9 april 1958, *NJ* 1958, 331, m.nt. L.E.H. Rutten (*Nijenhuis en Zonen*). Onder het nieuwe personenvennootschapsrecht kan de personenvennootschap wél rechtspersoon zijn.

²¹² Dat de vennootschap onder firma een verplichting tegenover een individuele vennoot kan hebben en omgekeerd, en dat de vennootschap in dat geval in rechte kan optreden, is vaste rechtspraak: HR 6 april 1936, *NJ* 1936, 425, m.nt. P. Scholten (*Simplexite*), HR (belastingkamer) 9 april 1958, *NJ* 1958, 331, m.nt. L.E.H. Rutten (*Nijenhuis en Zonen*). Vgl. ook HR 10 februari 1921, *NJ* 1921, 409 (*Brouwer/De Leeuw en Brouwer*).

vennoten en de vennootschap onder firma als procespartij, behandel ik in de volgende twee paragrafen.

Bestaan van een gemeenschappelijke vordering op één van de deelgenoten

188. In de literatuur wordt niet duidelijk gemaakt waarom, zonder verdergaande quasi-rechtssubjectiviteit, de vennootschap onder firma niet tegen haar individuele vennoten zou kunnen procederen. Er wordt wel de vergelijking gemaakt met een procedure van een persoon tegen zichzelf.²¹³ Een procedure van een persoon tegen zichzelf is in de regel inderdaad onmogelijk. Deze persoon heeft geen belang bij het instellen van deze vordering (art. 3:303 BW), nu deze vordering tenietgaat op grond van schuldvermenging (art. 6:161 BW). Kennelijk is de gedachte dat een procedure van de gezamenlijke deelgenoten tegen één van hen niet mogelijk is, nu de vordering die aan deze procedure ten grondslag ligt, in ieder geval voor een deel, teniet is gegaan.

189. In deze gedachtegang wordt de procesbevoegdheid van de vennootschap onder firma verklaard uit het afgescheiden vermogen van de vennootschap onder firma. In de regeling van de schuldvermenging wordt namelijk in art. 6:161 lid 2, aanhef en onder a, BW bepaald dat schuldvermenging niet plaatsvindt als de vordering en de schuld in van elkaar gescheiden vermogens vallen. Dit betekent dat een vordering die tot het vermogen van de vennootschap onder firma behoort, niet (deels) tenietgaat als deze vordering tegen een vennoot luidt. De maatschap vormt geen afgescheiden vermogen. Dit betekent dat een vordering die tot het vermogen van een maatschap behoort, wél (deels) tenietgaat als deze vordering tegen een maat luidt.

190. Mijns inziens is deze gedachtegang onjuist. Art. 6:161 lid 1 BW bepaalt immers dat een verbintenis als gevolg van schuldvermenging tenietgaat als de hoedanigheid van schuldeiser en schuldenaar zich in één persoon verenigen. Dit is niet het geval als de schuldenaar van een vordering een individuele deelgenoot is en de schuldeisers van een vordering de gemeenschappelijke deelgenoten zijn. In dat geval blijkt uit art. 6:15 lid 2 BW dat de deelgenoten één gemeenschappelijk vorderingsrecht hebben. Dit betekent dat een gemeenschappelijke vordering tegen een individuele deelgenoot niet tenietgaat, noch bij de vennootschap onder firma, noch bij enige andere gemeenschap.

191. Het niet tenietgaan van een gemeenschappelijke vordering is ook in overeenstemming met het doel van schuldvermenging. Het doel van schuldvermenging, en mijns inziens ook van boedelmenging, is om aan het bestaan van

²¹³ Cleveringa 1972, art. 5, aant. 4, noot 45.

nutteloze verbintenissen een einde te maken.²¹⁴ Dit blijkt uit de uitzonderingen die gelden op de regeling van schuldvermenging en uit de aanvullingen die in de rechtspraak op deze uitzonderingen zijn gemaakt. Art. 6:161 lid 2 BW regelt drie gevallen waarin een verbintenis niet als gevolg van schuldvermenging tenietgaat. Dit zijn de gevallen waarin de vordering en de schuld in van elkaar gescheiden vermogens vallen, de vordering aan order of toonder luidt en waarin de vereniging van de hoedanigheden het gevolg is van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde. In dat laatste geval gaat de verbintenis niet teniet zolang niet vaststaat dat de voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan. Art. 6:161 lid 3 BW relateert vervolgens de gevolgen van schuldvermenging. Het tenietgaan van de verbintenis als gevolg van schuldvermenging laat de op de vordering rustende rechten van derden onverlet. Aan deze uitzonderingen is in de rechtspraak nog een verdere uitbreiding gegeven. Volgens de Hoge Raad gaat een verbintenis ook niet als gevolg van schuldvermenging teniet als de schuldenaar en de schuldeiser met elkaar gehuwd zijn in een gemeenschap die zowel de schuld als de vordering kan omvatten, als de echtgenoten een redelijk belang hebben bij het voortbestaan van de vordering. Dit is het geval als één van de echtgenoten in verband met het bestaan van de vordering een aanspraak heeft op een verzekeringsmaatschappij of een vergelijkbare instelling. Een aardig voorbeeld van deze rechtspraak vormt het arrest *Nationale Nederlanden/Timmermans*.²¹⁵ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de vraag of de vordering van de ene echtgenoot op de ander op grond van boedelmenging en/of schuldvermenging was tenietgegaan,

‘reeds daarom ontkennend [moet] worden beantwoord omdat enerzijds beide echtgenoten belang behouden bij het voortbestaan van de verbintenis, daar zij er beiden belang bij hebben dat de schade uiteindelijk wordt gedragen door de verzekeraar die de aansprakelijkheid had gedekt, en er anderzijds, gegeven dit belang, geen redelijke grond is om de desbetreffende verbintenis tegenover de verzekeraar als tenietgegaan aan te merken.’

Al deze uitzonderingen hebben met elkaar gemeen dat zij bewerkstellingen dat een verbintenis niet tenietgaat, indien met het voortbestaan van de verbintenis een redelijk doel wordt gediend. Hieruit blijkt duidelijk dat het doel van de regeling van schuldvermenging is het uit de rechtsorde doen verdwijnen van nutteloze verbintenissen.

²¹⁴ Vgl. Hartkamp & Sieburgh 2008, nr. 45, die als verklaring voor het tenietgaan van de verbintenis op schuldvermenging zich erop beroept dat de verbintenis doelloos is geworden. Vgl. ook A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor HR 11 september 1992, *NJ* 1992, 730 (*Caspers q.q./Rijpma q.q.*), waarin zij stelt dat voortbestaan van de verbintenis bij vermenging ‘niet zinvol’ zou zijn.

²¹⁵ HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 400, m.nt. B. Wachter (*Nationale Nederlanden/Timmermans*).

192. Gaat het om een vordering van de gezamenlijke deelgenoten tegen één van hen, dan wordt met het voortbestaan van deze vordering een redelijk doel gediend. Zou de vordering deels tenietgaan, dan houdt dit in dat niet alleen een partiële verdeling wordt afgedwongen, maar bovendien dat de inhoud van die verdeling vaststaat. Dit leidt ertoe dat de vordering geen onderdeel meer uitmaakt van de gemeenschap. Voor zover de gemeenschap een afgescheiden verhaalsvermogen heeft, wordt de gemeenschapsschuldeisers hiermee het verhaal op de vordering ontnomen. Daarbij komt dat de deelgenoten niet langer van hun recht op voet van art. 3:184 BW gebruik kunnen maken om te verlangen dat hetgeen hun mededeelgenoot aan de gemeenschap schuldig is, op zijn aandeel wordt toegerekend. Bij het voortbestaan van de gehele vordering bestaat dus voldoende reëel belang.

Instellen van de gezamenlijke rechtsvordering

193. Nu vaststaat dat een vordering van de gezamenlijke deelgenoten tegen één van hen bestaanbaar is, moet de vraag worden beantwoord hoe deze vordering kan worden ingesteld. Het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden gevonden in de bestuursverdeling. De bestuursverdeling maakt het immers mogelijk dat de bestuursbevoegde deelgenoot een gemeenschappelijke vordering instelt. In beginsel is er geen reden om aan te nemen dat de bestuursbevoegde deelgenoot zijn bestuursbevoegdheid niet ook zou gebruiken om een vordering in te stellen tegen een deelgenoot. Dit laat echter de vraag open hoe moet worden gehandeld als de deelgenoot tegen wie de procedure moet worden ingesteld het in zijn macht heeft om het instellen van de vordering te voorkomen. Dit doet zich voor als deze deelgenoot op grond van een privatieve bestuursverdeling exclusief gerechtigd is om deze vordering in te stellen, als hij een vetorecht heeft ten aanzien van bestuursdaden van de bestuursbevoegde deelgenoot,²¹⁶ of als de vordering alleen door de gezamenlijke deelgenoten kan worden ingesteld.²¹⁷

194. De oplossing voor deze problemen kan worden gevonden in de redelijkheid en billijkheid die de deelgenoten tegenover elkaar in acht hebben te nemen. Uit deze eisen vloeit voort dat zij het instellen van een dergelijke vordering niet mogen verhinderen.²¹⁸ Heeft de deelgenoot tegen wie de vordering moet worden

²¹⁶ Onder de gelding van art. 7A:1676, aanhef en onder 1^o, BW had iedere maat of venoot een dergelijk vetorecht.

²¹⁷ Deze situatie doet zich voor bij een eenvoudige gemeenschap of een liquidatiegemeenschap, voor zover het gaat om een vordering tegen een deelgenoot; vgl. HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604, *Ars Aequi* 2001, 578, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cento Nederland/Cento*).

²¹⁸ HR 6 april 1936, *NJ* 1936, 425, m.nt. P. Scholten (*Simplexite*). Zo ook Maeijer 1995, nr. 55. Vgl. ook HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 34 (*Brasse/Merckelbagh*) en met name de conclusie van A-G Hartkamp voor dit arrest.

ingesteld, een vetorecht,²¹⁹ dan mag hij dit niet gebruiken en moet de rechter een beroep hierop afwijzen. Mag de vordering alleen door de gezamenlijke deelgenoten worden ingesteld, dan zal de deelgenoot zijn medewerking niet mogen weerhouden. Een beroep door de deelgenoot tegen wie de vordering is ingesteld, dat de vordering zonder zijn toestemming is ingesteld, moet door de rechter worden afgewezen.

Op dit alles bestaat wel een uitzondering. Binnen een liquidatiegemeenschap is het in het algemeen opportuun om een vordering van de gezamenlijke deelgenoten niet afzonderlijk, maar binnen het kader van de verdeling in te stellen.²²⁰ Dit argument is alleen geldig als het daadwerkelijk de bedoeling is om tot verdeling over te gaan, en het beslechten van het geschil niet juist een voorwaarde is om tot verdeling te kunnen komen.²²¹

Conclusie

195. De conclusie van het voorgaande moet zijn dat de ‘eigen recht’-rechtspraak kan en moet worden verklaard vanuit het feit dat een vordering van een vennootschap onder firma tegen een vennoot niet tenietgaat. Een vordering van de gezamenlijke deelgenoten op één van hen kan overeenkomstig de bestuursverdeling worden ingesteld. Dit is bij de vennootschap onder firma niet anders dan bij andere gemeenschappen. De ‘eigen recht’-rechtspraak vormt dus geen argument om aan te nemen dat de vennootschap onder firma een afzonderlijke processuele eenheid vormt.

5.5.2 De naam waaronder de vennootschap onder firma in rechte optreedt

196. Als bewijs voor de stelling dat de vennootschap onder firma een afzonderlijke eenheid vormt, wordt in de literatuur vaak gewezen op het feit dat de vennootschap onder firma onder haar eigen vennootschapsnaam in rechte kan

²¹⁹ Onder het oude recht had de maat in een maatschap een dergelijk vetorecht (art. 7A:1676, aanhef en onder 1^o, BW).

²²⁰ Vgl. HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604, *Ars Aequi* 2001, 578, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cento Nederland/Cento*), waarin de Hoge Raad oordeelt dat art. 3:171 BW niet ziet op vorderingen tegen de deelgenoten. Voor deze vorderingen geldt volgens de Hoge Raad art. 3:170 BW, hetgeen betekent dat deze vorderingen in beginsel alleen door de gezamenlijke deelgenoten kunnen worden ingesteld. Deze vorderingen kunnen, aldus de Hoge Raad, ook in het kader van de verdeling aan de orde komen. Binnen het kader van de liquidatiegemeenschap is deze uitspraak volkomen juist. Deze gemeenschap is immers gericht op liquidatie en niet op voortzetting van de gemeenschap.

²²¹ Vgl. in dit kader Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2003, *NJF* 2004, 166. Het hof houdt een beperkte ruimte open om in bijzondere omstandigheden van de rechtsregel uit het arrest HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604, *Ars Aequi* 2001, 578, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cento Nederland/Cento*) af te wijken.

optreden en in rechte kan worden betrokken.²²² Het is de vraag of deze mogelijkheid een verdere verzelfstandiging ten opzichte van de individuele vennoten meebrengt. Ter beantwoording van deze vraag ga ik eerst in op de rechtsgrond waarop deze mogelijkheid kan worden gestoeld. Daarna behandel ik de betekenis die hieraan kan worden gehecht.

Grondslag van de bevoegdheid om onder eigen naam in rechte op te treden

197. De mogelijkheid van de vennootschap onder firma om onder de firma-naam in rechte op te treden, kon tot 2002 worden gebaseerd op art. 5 lid 1, onder 2^o (oud), Rv.²²³ Met deze bepaling werd een uitzondering gemaakt op de regel dat in de dagvaarding de naam van de eisende en verwerende partij moet worden genoemd.²²⁴ De bepaling luidde:

‘Indien de eischende of verwerende partij een rechtspersoon of vennootschap is, zal deze hare benaming in de plaats van naam en voornaam moeten worden uitgedrukt.’

De Hoge Raad heeft zich over de uitleg van het begrip vennootschap in art. 5 (oud) Rv uitgelaten. Volgens de Hoge Raad valt onder het begrip ‘vennootschap’ in art. 5 (oud) Rv wel de vennootschap onder firma, maar niet de maatschap.²²⁵

198. Bij de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 2002 is deze bepaling niet overgenomen. De wet geeft thans geen antwoord meer op de vraag hoe moet worden gehandeld als de eisende of verwerende partij een vennootschap onder firma of een openbare personenvennootschap is. Dit wil niet zeggen dat de openbare personenvennootschap thans niet meer onder eigen naam in rechte kan optreden of in rechte kan worden betrokken. De Hoge Raad heeft reeds in 1976 geoordeeld dat een maatschap die onder een bepaalde naam aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, onder die naam anderen in rechte kan betrekken en zelf in rechte kan worden betrokken.²²⁶ Volgens de Hoge Raad kan de wederpartij in dat geval verlangen dat de maatschap de namen en woonplaatsen van de maten bekend maakt. Nu het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geen bepaling meer bevat over de wijze waarop de openbare vennootschap in rechte moet worden betrokken, moet mijns inziens deze rechtspraak ook op de openbare vennootschap worden toegepast.²²⁷

²²² Maeijer 1995, nr. 55 en 176, Mohr 1998, p. 35, 108 en 145, Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, p. 98.

²²³ Mogelijk was de Hoge Raad in het arrest HR 30 januari 1929, NJ 1925, 391 (*Poolsch-Hollandsche Handelssocieteit/Staat*) nog deze mening toegedaan.

²²⁴ Vgl. thans art. 45 lid 2, aanhef en onder b en d, Rv.

²²⁵ HR 5 november 1976, NJ 1977, 586, m.nt. W.H. Heemskerk (*Moret Gudde Brinkman*).

²²⁶ HR 5 november 1976, NJ 1977, 586, m.nt. W.H. Heemskerk (*Moret Gudde Brinkman*).

²²⁷ In de literatuur wordt wel gewezen op art. 51 Rv dat bepaalt hoe een exploit dat is bestemd voor de vennootschap onder firma of de maatschap moet worden betekend. Zie

Betekenis van de wijze waarop de vennootschap onder firma in rechte optreedt

199. Het is de vraag of het feit dat de vennootschap onder firma in rechte kan optreden onder de firmanaam tevens betekent dat de vennootschap onder firma een afzonderlijke, van de gezamenlijke vennoten te onderscheiden, eenheid vormt. In het verleden heeft de Hoge Raad inderdaad ter adstructie van de stelling dat de vennootschap onder firma een afgescheiden (verhaals)vermogen heeft, wel gewezen op art. 5 lid 1, onder 2^o, (oud) Rv.²²⁸ Het lijkt erop dat de Hoge Raad thans deze betekenis niet meer aan deze bepaling toekent. In het arrest *Cento Nederland/Cento*²²⁹ oordeelde de Hoge Raad over art. 5 lid 1, onder 2^o, (oud) Rv dat

‘deze bepaling alleen voorschrijft hoe een vennootschap in een dagvaarding wordt aangeduid, maar geen bevoegdheid tot het instellen van rechtsvorderingen schept.’

Hoe het ook zij, bij de herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken in 2001 is deze bepaling vervallen, zodat ingrijpende processuele consequenties moeilijk nog op dit artikel kunnen worden gebaseerd. In tegenstelling tot art. 5 (oud) Rv, zwijgt art. 51 Rv over de wijze waarop een personenvennootschap in rechte kan optreden.

200. Mijns inziens moet thans het feit dat de gezamenlijke vennoten onder hun firmanaam in rechte kunnen optreden, worden verklaard uit de regel dat wie onder een bepaalde naam aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, onder deze naam in rechte kan worden betrokken. Deze regel ligt ten grondslag aan het arrest *Moret Gudde Brinkman*, maar is in meerdere uitspraken vastgelegd.²³⁰ De uitspraak *Van Til/Huize Padua*²³¹ vormt een fraai voorbeeld van deze rechtspraak. De zaak betrof een arbeidsgeschil tussen Van Til en zijn werkgever. Op een gegeven moment betreft Van Til zijn werkgever in rechte onder de naam

bijv. *Slagter & Grapperhaus* 2007, hoofdstuk III, § 5, nr. 1. Het lijkt mij niet dat aan dit artikel deze betekenis moet worden gehecht. Het oude recht bevatte een dergelijke bepaling (art 4, aanhef en onder 4^o, (oud) Rv), zonder dat aan deze bepaling gevolgen ten aanzien van de wijze van aanduiden van de vennootschap werden verbonden.

²²⁸ Dit gebeurt merkwaardigerwijze ook in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek, waar wordt opgemerkt dat de bevoegdheid van de personenvennootschappen om in eigen naam in rechte op te treden, voortvloeit uit art. 111 lid 2, aanhef, Rv jo. art. 45 lid 2, aanhef en onder b en d, Rv; zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, p. 26. In deze bepalingen wordt echter alleen voorgeschreven dát het exploit de naam vermeldt van degene op wiens verzoek de betekening geschiedt en degene voor wie het exploit is bestemd. De bepalingen maken niet duidelijk dat een openbare personenvennootschap onder eigen naam in rechte kan optreden.

²²⁹ HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604, *Ars Aequi* 2001, 578, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cento Nederland/Cento*).

²³⁰ HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van der Gun/Farmex*), HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 67, m.nt. W.H. Heemskerk (*Van Til/Huize Padua*) en HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 53, m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Den Haag/Van Schravendijk*).

²³¹ HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 67, m.nt. W.H. Heemskerk (*Van Til/Huize Padua*).

‘Psychiatrisch Ziekenhuis Huize Padua’ (verder: ‘Huize Padua’). Na het indienen van het verzoekschrift blijkt echter dat Van Til in dienst is bij de Daniel de Brouwer Stichting. Eén van de activiteiten van deze stichting is het exploiteren van Huize Padua. Huize Padua blijkt geen afzonderlijke rechtspersoon. De stichting beroept zich vervolgens in eerste aanleg en in hoger beroep erop dat zij ten onrechte onder de naam Huize Padua is gedagvaard. De kantonrechter en de rechtbank verklaren op deze grond Van Til niet-ontvankelijk. De Hoge Raad oordeelde echter dat,

‘[e]n en ander noopt tot de conclusie dat de Stichting zowel bij het sluiten van het contract als bij het verlenen van het ontslag tegenover Van Til, zo niet uitsluitend dan toch in hoofdzaak, is opgetreden onder de naam Huize Padua en dat zij derhalve moet hebben begrepen – nu Huize Padua, naar vaststaat, geen rechtspersoon is – dat een door Van Til ter zake van dat ontslag tegen “Huize Padua” ingestelde rechtsvordering, een rechtsvordering was die zich tegen de Stichting richtte.’

Deze uitspraak toont aan dat wie onder een bepaalde naam optreedt, ook onder deze naam in rechte kan worden betrokken. Dit geldt ook als men wellicht niet zelfstandig onder deze naam optreedt, maar wel onder deze naam bekend staat. Zo heeft de Hoge Raad ook geoordeeld dat de gemeente ’s-Gravenhage onder de naam Den Haag in rechte kan worden betrokken.²³²

Conclusie

201. De bevoegdheid van de vennootschap onder firma om onder eigen naam in rechte op te treden, vormt geen reden om aan te nemen dat de vennootschap onder firma een afzonderlijke processuele eenheid vormt. De bevoegdheid is een weerslag van het feit dat de vennoten onder deze naam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. Deze mogelijkheid is echter niet uniek voor de vennootschap onder firma.

Het voorgaande wil niet zeggen dat het feit dat de vennootschap onder firma onder eigen naam in rechte kan optreden, geen procesrechtelijke of materieelrechtelijke consequenties heeft. Deze zijn er namelijk wel. Ten eerste is deze mogelijkheid van belang vanwege de beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuursbevoegde deelgenoten van een vennootschap. Ten tweede is deze mogelijkheid van belang vanwege de positie van de commanditaire vennoten. Deze twee aspecten zal ik hieronder bespreken.

5.5.3 Vennootschap onder firma als procespartij

202. In de rechtspraak wordt wel geleerd dat de vennootschap onder firma ‘een procespartij’ is, die een afzonderlijk bestaan van zijn deelgenoten leidt. Een

²³² HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 53, m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Den Haag/Van Schravendijk*).

aardig voorbeeld van deze rechtspraak wordt gevormd door het arrest VAN/Popo.²³³ Aan dit arrest lag een procedure ten grondslag van de vennootschap onder firma Popo Confectiesnijderij ('Popo') tegen de Vereenigde Assurantiebedrijven Nederland ('VAN'). De inzet van deze procedure is de betaling van een verzekeringsuitkering van VAN aan Popo. Nadat het hof de vordering heeft toegewezen gaat VAN in cassatie. Daarbij betreft van niet alleen Popo in cassatie, maar ook de vennoten van Popo in privé. Hierover oordeelt de Hoge Raad,

‘dat blijkens de gedingstukken als eiseres in eerste aanleg en als appellante in hoger beroep is opgetreden de “v.o.f. Popo Confectiesnijderij”;
dat eiseres tot cassatie, nader te noemen V.A.N., naast de genoemde v.o.f. – hierna te noemen Popo – heeft gedagvaard P.F. Pos en S.P. Pos, haar vennoten in prive;
dat het echter, nu in de vorige instantie van het geding alleen de v.o.f. als procespartij is opgetreden, niet mogelijk is om in cassatie de vennoten in prive naast de ontbonden v.o.f. als pp. in het proces te betrekken;
dat daaraan de omstandigheid dat de vennootschap inmiddels is ontbonden niet afdoet;
dat het cassatieberoep, voor zover gericht tegen P.F. Pos en S.P. Pos in prive, derhalve niet ontvankelijk is’.

203. Hier stelt de Hoge Raad dat de vennootschap onder firma *als procespartij* is opgetreden. Mijns inziens kan deze rechtspraak echter ook worden verklaard zonder verdergaande quasi-rechtssubjectiviteit aan te nemen. Mijns inziens vloeit deze niet-ontvankelijkheid van Pos en Pos voort uit de beperkingen van de bestuursmacht van de bestuursbevoegde deelgenoten. De vordering van Popo is immers in rechte ingesteld door de bestuursbevoegde deelgenoot. Deze deelgenoot vertegenwoordigt daarbij Pos en Pos in hun vennootschappelijk verband. De bevoegdheid hiertoe ontleent hij aan de bestuursverdeling. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid is echter gebonden aan de beperkingen van de doel- en objectgebondenheid. De bestuursbevoegde deelgenoot kan dus niet de vennoten vertegenwoordigen in een procedure die erop gericht is om verhaal op hun privévermogen te nemen. Dit betekent dat de procedure ook niet tot verhaal op de goederen van de deelgenoten *kan* leiden. Wel kan het handelen van de bestuursbevoegde deelgenoot leiden tot *aansprakelijkheid* van de deelgenoten in privé. Vanuit deze optiek is het pas in cassatie in de procedure betrekken van Pos en Pos in privé gedoemd te stranden. De procedure is in twee instanties gevoerd door één van hen op basis van een volmacht die onvoldoende is om tot gevolgen voor hun privévermogen te leiden. Zij kunnen dan niet in cassatie alsnog in privé worden gebonden aan een uitkomst die tot stand is gekomen op basis van een hiervoor ontoereikende volmacht.

²³³ HR 27 juni 1975, NJ 1976, 128 (VAN/Popo).

204. Hieruit volgt ook het belang van de mogelijkheid die de Hoge Raad in het arrest Moret Gudde Brinkman biedt om, als men door de vennootschap onder firma wordt gedagvaard, te verlangen dat de namen van de individuele vennoten worden genoemd. Op deze wijze bereikt men dat de vennoten weten dat een eventuele kostenveroordeling niet alleen op het vennootschappelijke vermogen, maar ook op hun privévermogen ten uitvoer kan worden gelegd. Dit betekent dat zij worden gedwongen om naast de bestuursbevoegde deelgenoot in zijn hoedanigheid in de procedure op te treden. Het gebrek aan vertegenwoordigingsbevoegdheid speelt dan geen rol meer. Iets dergelijks kan zich ook voordoen bij een procedure van een gemeenschap van een nalatenschap die wordt gevoerd door de executeur.²³⁴

Conclusie

205. Het feit dat de vennootschap onder firma als procespartij kan optreden, betekent inderdaad een zekere onafhankelijkheid van de vennootschap onder firma van de gezamenlijke vennoten. Deze onafhankelijkheid is echter niet principieel van aard. De onafhankelijkheid wordt veroorzaakt door de beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuursbevoegde deelgenoten. Door te vorderen dat de vennootschap de namen van de vennoten noemt, wordt de processuele onafhankelijkheid van de vennootschap onder firma beëindigd.

5.5.4 Conclusie

206. De vennootschap onder firma vormt in zeer beperkte mate een procesueel onafhankelijke eenheid. Dit betekent niet dat het rechtskarakter van de vennootschap onder firma principieel verschilt van dat van de overige gemeenschappen. Het verschil is terug te voeren op het feit dat de bestuursbevoegde deelgenoot de bestuursbevoegdheid ontbeert om in een procedure tegen de vennootschap de vennoten in privé te binden. Dit kan zich ook bij andere gemeenschappen voordoen.

6 Conclusies

207. In dit hoofdstuk heb ik het bestuur van de gemeenschap, de bevoegdheid om de gemeenschappelijke goederen voor schulden te verbinden, het afgescheiden vermogen en de gemeenschap als procespartij behandeld.

Ten aanzien van het bestuur van de gemeenschap is naar voren gekomen dat het bestuur van de gemeenschap op twee grondfiguren kan zijn gebaseerd, te weten volmacht en machtiging. Is het bestuur van de gemeenschap gebaseerd op een volmacht, dan kunnen de bestuursbevoegde deelgenoten de gezamenlijke deelgenoten zowel verbintenisrechtelijk als goederenrechtelijk binden. Is het bestuur

²³⁴ Vgl. nr. 92.

vormgegeven als een machtiging, dan kunnen de bestuursbevoegde deelgenoten alleen de aan de gemeenschappelijke goederen verbonden bevoegdheden uitoefenen. In beide gevallen wordt de bestuursmacht van de bestuursbevoegde deelgenoten beperkt door de beginselen van de doel- en objectgebondenheid. Dat wil zeggen dat de bestuursbevoegde deelgenoot zijn bevoegdheden niet mag gebruiken voor een ander doel dan het doel waarvoor deze bevoegdheden zijn verleend, namelijk het doel van de gemeenschap. Bovendien mag de bestuursbevoegde deelgenoot in beginsel alleen rechtsgevolgen in het leven roepen, voor zover deze rechtsgevolgen de gemeenschappelijke goederen betreffen.

De bij de bijzondere en liquidatiegemeenschappen voor de bestuursbevoegde deelgenoot bestaande mogelijkheid om de goederen van de gemeenschap met schulden te belasten, vloeit voort uit het gegeven dat de bevoegdheid om een goed voor schulden te belasten, een bevoegdheid is die aan een goed is verbonden. Deze bevoegdheid valt daarmee in ruime zin onder het bestuur van de gemeenschap. Daarbij moet worden aangetekend dat ten aanzien van deze bevoegdheid geen contractvrijheid van de deelgenoten bestaat. De bevoegdheid om het goed voor schulden te belasten, bestaat uitsluitend op grond van de wet. Bij de toekenning van deze bevoegdheid volgt de wet de grondvormen van volmacht en machtiging. De keuze tussen volmacht en machtiging beïnvloedt de wijze waarop voor een gemeenschapsschuld verhaal kan worden genomen. Is de bestuursverdeling gebaseerd op volmacht, dan moeten alle deelgenoten gezamenlijk worden aangesproken. Gaat het om een op machtiging gebaseerde bestuursverdeling, dan moet alleen de bestuursbevoegde deelgenoot worden aangesproken voor de schuld.

Binnen de gemeenschappen bestaat het fenomeen afgescheiden vermogen. Dat wil zeggen dat de gemeenschap een zekere onafhankelijke positie ten opzichte van de deelgenoten verkrijgt. Het fenomeen van afgescheiden vermogen doet zich niet bij alle gemeenschappen in gelijke mate voor. Aan de actieve zijde van de gemeenschap vormen alle gemeenschappen een afgescheiden vermogen. Aan de passieve zijde van de gemeenschap vormen alleen de bijzondere en de liquidatiegemeenschap een afgescheiden vermogen. Alleen bij deze gemeenschappen bestaat de mogelijkheid om de goederen met schulden te belasten.

Ook als de gemeenschap in een procedure betrokken raakt, moet onderscheid worden gemaakt tussen de actieve en de passieve zijde van de gemeenschap. Alle gemeenschappen vormen aan hun actieve zijde de materiële procespartij. Dat wil zeggen dat alle deelgenoten gezamenlijk materiële procespartij zijn. Hetzelfde geldt aan de passieve zijde, voor zover het gaat om de aan de gemeenschappelijke goederen verbonden verplichtingen. Gaat om schulden waarvoor de gemeenschap kan worden uitgewonnen, dan vormt de gemeenschap, dat wil zeggen de gezamenlijke deelgenoten, de materiële procespartij als deze schulden

zijn aangegaan door een bestuursbevoegde deelgenoot in een gemeenschap waarbij de bestuursverdeling is gebaseerd op volmacht. Gaat het om schulden waarvoor de gemeenschap kan worden uitgewonnen die zijn aangegaan door een bestuursbevoegde deelgenoot in een gemeenschap waarbij de bestuursverdeling is gebaseerd op machtiging, dan is de bestuursbevoegde deelgenoot de materiële procespartij.

Is de gemeenschap, lees: de gezamenlijke deelgenoten, materiële procespartij, dan moeten de vragen wie bevoegd is de procedure te voeren en op wiens naam de procedure moet worden gevoerd, worden beantwoord aan de hand van de bestuursverdeling. Is de bestuursverdeling gebaseerd op machtiging, dan kan de bestuursbevoegde deelgenoot in eigen naam procederen. Is de bestuursverdeling gebaseerd op volmacht, dan procedeert de bestuursbevoegde deelgenoot in naam van de gezamenlijke deelgenoten. De gemeenschap moet echter niet worden gezien als een quasi-rechtssubject. De verschillende deelgenoten behouden hun processuele autonomie tot in hoge mate. Zij mogen ieder afzonderlijk proceshandelingen verrichten. Ook de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de vennootschap onder firma, brengt niet mee dat de gemeenschap als quasi-rechtssubject zou moeten worden gezien. Deze rechtspraak laat zich verklaren uit de beperkingen van de macht van de bestuursbevoegde deelgenoot.

II. VERDELING VAN DE GEMEENSCHAP

1 Inleiding

208. In dit proefschrift onderzoek ik de mogelijkheden die de verdelingsbeslagen bieden aan de bij een gemeenschap betrokken partijen om hun rechten veilig te stellen, die zij hebben in het kader van de verdeling van deze gemeenschap. In dit hoofdstuk behandel ik de verdeling van de gemeenschap. Bij de behandeling van dit onderwerp springt één aspect direct naar voren. Hoewel de wet in art. 3:182 BW een definitie geeft van het begrip ‘verdeling’, is allerm minst duidelijk wat verdeling precies is. Dit is dan ook de allereerste vraag die ik in dit hoofdstuk onderzoek (2). Vervolgens ga ik na wanneer een verdeling kan worden afgedwongen (3), waarna ik beschrijf hoe de bij de gemeenschap betrokken partijen deze kunnen afdwingen (4).

2 Wat is verdeling?

209. De deelgenoten kunnen samen de gemeenschap beëindigen. In het normale spraakgebruik zouden wij spreken van ‘verdeling’. De wet kent in art. 3:182 BW een definitie van verdeling. De interpretatie van deze definitie is echter zeer omstreken. Dit schept een probleem. De wet gebruikt op een groot aantal andere plaatsen het begrip ‘verdeling’. Voor een goede interpretatie van deze artikelen is het noodzakelijk om tot een eenduidig begrip verdeling te komen. Hiertoe zal ik de stappen bespreken die noodzakelijk zijn om een gemeenschap met goederenrechtelijk effect te verdelen. Dat wil zeggen dat de goederen niet langer gemeenschappelijk zijn, maar exclusief behoren tot het privévermogen van de deelgenoten (2.1). Aan de hand daarvan wil ik tot een eenduidig begrip penstelsel komen, zodat het mogelijk is de definitie van verdeling te analyseren. Ik zal daarbij eerst ingaan op de vraag wanneer sprake is van een verdeling (2.2), om daarna in te gaan op het rechtskarakter van de verdeling (2.3). Vervolgens behandel ik de rol van beschikkingsbevoegdheid bij de verdeling (2.4). Tot slot behandel ik nog wie verdeling kunnen afdwingen (2.5), wie aan de verdeling moeten meewerken (2.6) en de vragen naar de vorm (2.7) en de inhoud (2.8) van de verdeling.

2.1 *Beëindiging van de gemeenschap*

210. Neem de volgende casus: na het overlijden van hun langstlevende ouder besluiten A, B en C de ‘spulletjes te verdelen’. Na enige uren overleg wordt besloten dat A een schilderij en het servies krijgt, B de sieraden en C een antieke klok. Het overige heeft geen waarde en wordt met het grof vuil meegegeven. A, B en C halen de volgende dag ‘hun’ erfstukken op. De vraag wanneer de goederen ophouden gemeenschappelijk te zijn en overgaan naar het privévermogen van de deelgenoten, wordt beantwoordt door art. 3:186 lid 1 BW dat luidt:

‘Voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde is een levering vereist op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven.’

Art. 3:186 lid 1 vertoont een sterke gelijkenis met art. 3:84 lid 1 BW. Drie cruciale begrippen uit art. 3:84 lid 1 BW hebben elk hun pendant in art. 3:186 BW, te weten: overdracht, titel en levering. Deze begrippen corresponderen met de begrippen overgang, toedeling en levering. Het vierde begrip uit art. 3:84 lid 1 BW, ‘beschikkingsbevoegdheid’, wordt in art. 3:186 lid 1 BW niet genoemd. Dit vereiste is echter wel van belang.²³⁵

2.1.1 *Overgang*

211. Overdracht is het eerste van de drie begrippen uit art. 3:84 BW, dat een pendant heeft in art. 3:186 BW. Overdracht wordt hier bedoeld in de betekenis van overdracht als bewerkstelligd rechtsgevolg. Dit wil zeggen: de daadwerkelijke verschuiving van een goed uit het vermogen van de een, bijvoorbeeld de verkoper, naar het vermogen van de ander, bijvoorbeeld de koper.²³⁶ Het begrip uit art. 3:186 lid 1 dat met overdracht correspondeert, is het begrip ‘overgang’. Hiermee wordt bedoeld de verschuiving van het goed uit het gezamenlijke vermogen van de deelgenoten naar het privévermogen van de verkrijgende deelgenoot.

2.1.2 *Overeenkomst van toedeling*

212. Voor de overdracht van een goed is een geldige titel noodzakelijk. Dit wil zeggen dat er een rechtsverhouding aan te wijzen is, die de overdracht van het goed rechtvaardigt. De pendant van dit begrip in art. 3:186 BW is de ‘toedeling’. Toedeling komt in art. 3:186 BW zelf niet voor, maar art. 3:186 BW heeft het over ‘het aan ieder der deelgenoten toegedeelde’. De toedeling is de rechtsverhouding die de overgang van een gemeenschappelijk goed naar het privévermogen van één van de deelgenoten rechtvaardigt.

213. De rechtsverhouding die de overdracht rechtvaardigt, kan tussen de deelgenoten op meerdere manieren ontstaan. De meest voor de hand liggende wijze is dat de deelgenoten overeenkomen welke goederen aan welke deelgenoot zullen worden toegedeeld. In dat geval kan worden gesproken van een ‘overeenkomst van toedeling’. De toedeling kan ook op een andere wijze ontstaan. Zo geeft art. 1:101 BW ieder van de gewezen echtgenoten de bevoegdheid om de ‘te zijnen gebruike strekkende kleren en kleinodiën, alsmede zijn beroeps- en bedrijfsmiddelen en de papieren en gedenkstukken tot zijn familie behorende, tegen de geschatte prijs over te nemen.’ Maakt één van de ex-

²³⁵ Dit vereiste behandel ik in nr. 279-288.

²³⁶ Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 100.

echtgenoten van deze bevoegdheid gebruik, dan wordt de overgang van het goed hierdoor gerechtvaardigd.

214. Komen de deelgenoten door wilsovereenstemming tot een toedeling, dan moet deze wilsovereenstemming als een wederkerige verbintenisscheppende overeenkomst worden gekwalificeerd. Er is namelijk voldaan aan alle eisen van art. 6:213 lid 1 BW. Er is sprake van een meerzijdige rechtshandeling, immers voor het intreden is de samenwerking tussen twee of meer personen noodzakelijk.²³⁷ Bovendien is de rechtshandeling verbintenisscheppend; de deelgenoten nemen over en weer verbintenissen op zich, namelijk de verbintenis om de goederen te leveren, althans de verbintenis mee te werken aan deze levering, of in ieder geval deze niet te blokkeren. De overeenkomst is bovendien wederkerig; elke partij neemt de verbintenis om mee te werken aan de levering van het aan de ander toegedeelde slechts op zich, zodat die ander ook mee zal werken aan de levering van het hem toegedeelde (vgl. 6:261 BW). In het onderstaande zal ik de begrippen ‘toedeling’ en ‘overeenkomst van toedeling’ daarom door elkaar gebruiken.

Transparantie van de verdeling

215. De vergelijking tussen het titelbegrip uit 3:84 BW en toedeling uit 3:186 BW moet overigens niet te sterk worden aangezet. De toedeling vervult een beperktere rol. Lid 2 van art. 3:186 BW bepaalt namelijk dat de deelgenoot het goed dat hij verkrijgt onder dezelfde titel houdt als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden. Dit fenomeen zal ik ‘transparantie van de verdeling’ noemen. Dit fenomeen kan worden vergeleken met de rechtsopvolging onder algemene titel. De erfgenaam die goederen onder algemene titel verkrijgt, verkrijgt deze goederen krachtens erfopvolging, dus onder algemene titel. Dit betekent dat hij de goederen houdt onder dezelfde titel als de erflater dit deed. Mocht de erflater een goed hebben verkregen op grond van een overeenkomst die bloot staat aan vernietiging, dan heeft de vernietiging van de overeenkomst ten opzichte van de erfgenaam precies dezelfde gevolgen als de vernietiging zou hebben gehad als de erflater nog zou hebben geleefd. Hetzelfde geldt nadat de deelgenoten een goed verdelen. Op basis van art. 3:186 lid 2 BW brengt dit geen verandering in hun rechtspositie ten aanzien van het goed aan. Stel dat de deelgenoten A, B en C van ene X gezamenlijk een auto geschenken hebben gekregen. X heeft dit goed op zijn beurt van Y verkregen. De deelgenoten delen de auto vervolgens toe aan A, onder de verplichting de overwaarde te vergoeden. De auto wordt ook aan A geleverd. Stel dat Y de overeenkomst op grond waarvan X het goed had verkregen, vernietigt. Dit betekent dat Y het

²³⁷ Hartkamp 2004a, nr. 2; vgl. ook HR (derde kamer) 3 mei 1989, *NJ* 1990, 103, m.nt. E.A.A. Luijten.

goed bij A, B en C zou kunnen opvorderen. A, B en C kunnen geen beroep doen op art. 3:86 BW, nu zij de auto geschonken hebben gekregen. Op grond van art. 3:186 lid 2 BW komt hierin geen verandering als de auto aan A is toegedeeld, ook al heeft A de auto verkregen onder de verplichting de overwaarde te vergoeden.

2.1.3 *Levering*

216. Het derde begrip uit art. 3:84 BW dat een pendant heeft in art. 3:186 BW, is het begrip ‘levering’. Het is een wezenskenmerk van het Nederlandse recht dat een vermogensverschuiving niet door de enkele overeenkomst tot stand komt, maar dat hiervoor een extra handeling noodzakelijk is. Deze handeling is ook zelf een rechtshandeling, althans aan deze handeling moet een goederenrechtelijke overeenkomst ten grondslag liggen.²³⁸

217. De levering van een goed in het kader van de verdeling geschiedt op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven (3:186 lid 1 BW). Dit betekent dat een roerende zaak die geen registergoed is, wordt geleverd door bezitsverschaffing (art. 3:90 BW), een registergoed door middel van een notariële akte en inschrijving in de openbare registers (art. 3:89 BW), een vordering op naam door een akte en mededeling aan de debiteur, dan wel door een authentieke akte of geregistreerde onderhandse akte (art. 3:94 BW) enzovoort.

Niet-feitelijke levering van roerende zaken

218. De bovenstaande leveringswijzen zullen over het algemeen weinig problemen opleveren. Een aparte situatie ontstaat als de deelgenoten roerende zaken niet door feitelijke bezitsverschaffing, maar door juridische bezitsverschaffing leveren (art. 3:115 aanhef BW). In dit geval is sprake van een merkwaardige mengvorm tussen levering *brevis manu* en *constituto possessorio*. Immers, de verkrijgende deelgenoot was voor een deel houder van het goed voor de overige deelgenoten en voor het overige houder voor zichzelf. Na de door art. 3:115 aanhef geëiste tweezijdige verklaring houdt de verkrijgende deelgenoot het goed voor zichzelf. Dit betekent niet dat de overige deelgenoten hiermee geen houder meer zijn. Zij houden het goed voor de verkrijgende deelgenoot.

Levering van vorderingen op naam

219. Vorderingen op naam kunnen op twee manieren worden geleverd. Ten eerste door het opmaken van een akte en mededeling daarvan aan de debiteur (art. 3:94 lid 1 BW). Sinds de herintroductie van de stille cessie kunnen vorderingen op naam echter ook worden geleverd door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte zonder dat mededeling wordt gedaan

²³⁸ Zie hierover Mijnsen, Ploeger & Van Dam 2006, nr. 206 en Hartkamp 2004a, nr. 19-23.

(art. 3:94 lid 3 BW). De herintroductie van de stille cessie kan er onder bepaalde omstandigheden toe leiden dat tot de gemeenschap behorende vorderingen wellicht eerder geleverd blijken te zijn dan de deelgenoten zich realiseren. Vóór de invoering van de stille cessie heeft de Hoge Raad geoordeeld over de vraag of een akte waarin een gemeenschap wordt verdeeld, tevens kan dienen als akte die bestemd is voor levering. De Hoge Raad oordeelde dat, tenzij aanwijzingen van het tegendeel bestaan, deze akte inderdaad als zodanig mag worden beschouwd.²³⁹ Is een dergelijke akte is opgemaakt, dan behoeven de deelgenoten enkel nog mededeling te doen. Door de herintroductie van de stille cessie heeft dit arrest verstrekkender gevolgen gekregen. Wordt thans een gemeenschappelijk vorderingsrecht bij notariële akte verdeeld, dan is daarmee de levering is voltooid.²⁴⁰

2.1.4 Overeenkomsten die aan de overeenkomst van toedeling voorafgaan

220. De door mij omschreven overeenkomst van toedeling komt tot stand als gevolg van onderhandelingen en uiteindelijk door aanbod en aanvaarding.²⁴¹ Aan de uiteindelijke overeenkomst van verdeling gaat het een en ander vooraf. De deelgenoten kunnen bijvoorbeeld afspraken maken over de procedure waarmee zij tot een overeenkomst van toedeling zullen komen. Een voorbeeld van een dergelijke afspraak is de afspraak om door loting tot een overeenkomst van toedeling te komen. Daarnaast zouden de deelgenoten ook afspraken kunnen maken die weliswaar niet direct betrekking hebben op de overeenkomst van toedeling, maar die wel tot doel hebben die overeenkomst mogelijk te maken. Zo zouden de deelgenoten bijvoorbeeld kunnen besluiten een of meer goederen van de gemeenschap te laten taxeren.

Of hier steeds van een rechtens bindende overeenkomst sprake is, zal van de omstandigheden van het geval afhankelijk zijn.²⁴² Als dit het geval is, dan zal in elk geval van een hulpovereenkomst sprake zijn (art. 6:226 BW). Een species van de hulpovereenkomst is de *voorovereenkomst*. Hiervan is sprake als de deelgenoten zich verbinden tot het aangaan van een overeenkomst van toedeling. Op een voorovereenkomst zijn dezelfde vormvoorschriften van toepassing

²³⁹ HR 27 oktober 1995, *NJ* 1998, 191, m.nt. C.J.H. Brunner (*Dorrepaal q.q./Corsmit Groep*). Zie voor een voorbeeld in het kader van inbreng van een eenmanszaak in een bv, waarbij wel aanwijzingen van het tegendeel bestonden: HR 29 oktober 2004, *NJ* 2004, 673 (*Tonnaer/Van Uden*).

²⁴⁰ Voor de goede orde: dit geldt uiteraard alleen voor zover de vorderingen bestaan, dan wel rechtstreeks zullen voortvloeien uit een ten tijde van de levering bestaande rechtsverhouding (vgl. art. 3:94 lid 3 BW). In de regel zullen echter alleen bestaande vorderingen worden toegedeeld.

²⁴¹ Vgl. onder het oude recht: HR (derde kamer) 3 mei 1989, *NJ* 1990, 103, m.nt. E.A.A. Luijten.

²⁴² Vgl. Hartkamp 2004a, nr. 75.

die ook gelden voor de hoofdovereenkomst (art. 6:226 BW).²⁴³ Van een voorovereenkomst zou bijvoorbeeld sprake zijn als partijen besluiten dat het lot of een derde zal bepalen aan welke deelgenoot welke goederen zullen worden toegedeeld. De voorovereenkomst van de overeenkomst van toedeling zou ik de overeenkomst *tot* toedeling willen noemen.

2.1.5 Taalgebruik

221. In het vervolg van dit proefschrift zal ik de begrippen ‘overgang’, (overeenkomst van) ‘toedeling’, ‘levering’, en ‘overeenkomst tot toedeling’ steeds gebruiken in dezelfde zin en op dezelfde wijze als hierboven uitgewerkt.

2.2 Wanneer is sprake van een verdeling?

222. In paragraaf 2.1 heb ik beschreven wat noodzakelijk is voor de beëindiging van een gemeenschap. Hierbij ben ik er gemakshalve vanuit gegaan dat de deelgenoten een overeenkomst van toedeling sluiten en dat deze overeenkomst wordt uitgevoerd door de levering. Het is duidelijk dat hier sprake is van een verdeling. Het is mogelijk om een groot aantal voorbeelden te bedenken die weliswaar een vergelijkbaar resultaat bereiken, maar waarbij minder duidelijk is of er sprake is van een verdeling. Gedacht kan worden aan:

- a. Het bij een gemeenschap van een nalatenschap door de gezamenlijke erfgenamen uitvoering geven aan een legaat aan een van hen.
- b. Het bij een gemeenschap van een nalatenschap uitvoering geven aan een koopovereenkomst die de erflater vóór zijn dood met één van zijn erfgenamen heeft gesloten.
- c. Een rechterlijk bevel tot overneming van een goed door een deelgenoot op grond van art. 3:174 lid 1 BW en de daarop volgende levering.
- d. Een koop door een deelgenoot van het aandeel van de andere deelgenoten in een gemeenschappelijk goed en de daarop volgende levering.
- e. De wettelijke verdeling bij versterf ex art. 4:13 e.v. BW of een ouderlijke boedelverdeling (art. 4:1167 BW (oud)), waarbij de goederen in beide gevallen van rechtswege overgaan.
- f. Een deelgenoot in een ontbonden huwelijksgemeenschap maakt gebruik van zijn recht om tot de gemeenschap behorende ‘te zijnen gebruike strekkende kleren en kleinodiën, alsmede zijn beroeps- en bedrijfsmiddelen en de papieren en gedenkstukken tot zijn familie behorende, tegen

²⁴³ Zie over de voorovereenkomst Hartkamp 2004a, nr. 74 en Blei Weissmann 2007, art. 6:226.

de geschatte prijs over te nemen' (art. 1:101 BW); deze goederen worden vervolgens geleverd.

Het belang van de vraag of hier sprake is van een verdeling is gelegen in het feit dat op de verdeling een aantal bijzondere rechtsregels van toepassing is (2.2.1). De vraag of de bovenstaande gevallen moeten worden aangemerkt als verdeling, zou moeten worden beantwoord aan de hand van art. 3:182 BW. Ontdaan van vertegenwoordigingsproblematiek²⁴⁴ luidt deze definitie:

'Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten (...) medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. De handeling is niet een verdeling, indien zij strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten, die niet voortspuit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin.'

Deze definitie is dwingend geformuleerd, zo blijkt uit de eerste woorden van art. 3:182 BW: 'Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling'. Met andere woorden: als een rechtshandeling aan de definitie van art. 3:182 BW voldoet, is er sprake van een verdeling, ongeacht de bedoelingen van de deelgenoten. Deze dwingendheid wordt gerechtvaardigd doordat de bijzondere rechtsregels die een verdeling beheersen, onder andere de positie van derden betreffen of de positie van zwakkere partijen pogen te beschermen.

223. Wil een rechtshandeling als een verdeling worden aangemerkt, dan moet aan twee eisen worden voldaan. Deze eisen zijn:

1. De rechtshandeling moet een bepaald resultaat hebben. Krachtens de rechtshandeling moeten een of meer deelgenoten een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen.
2. Aan de rechtshandeling moeten alle deelgenoten meewerken.

De eerste eis, door Kleijn de *objectieve eis* gedoopt,²⁴⁵ bespreek ik in paragraaf 2.2.2. De tweede eis, door Kleijn de *subjectieve eis* gedoopt,²⁴⁶ bespreek ik in paragraaf 2.2.3. Voordat ik op deze twee eisen inga, bespreek ik eerst de vraag wat het belang van de definitie van verdeling is (2.2.1). Voor de goede orde merk ik hier vast op dat ik op het rechtskarakter van de verdeling pas in paragraaf 2.3 inga.

²⁴⁴ De woorden 'hetzij in persoon hetzij vertegenwoordigd' zijn overbodig. Zie Van Mourik 2006a, nr. 36.

²⁴⁵ Kleijn 1969, p. 7.

²⁴⁶ Kleijn 1969, p. 5-6.

2.2.1 Wat is het belang van de definitie van verdeling?

224. Een vraag die bij elke definitie die in de wet voorkomt kan worden gesteld, is de vraag naar het belang van de definitie. Op deze vraag wordt op twee plaatsen in de toelichting ingegaan. Volgens zowel Meijers²⁴⁷ als de minister²⁴⁸ is het belang van de vraag of een rechtshandeling als verdeling moet worden aangemerkt, gelegen in de vraag naar de toepasselijkheid van de bijzondere rechtsregels die voor verdeling gelden. Het gaat volgens Meijers om de volgende vragen:

- a. Aan welke vormvoorschriften moet een verdeling voldoen?
- b. Wanneer is de verdeling nietig of vernietigbaar?
- c. Wanneer is de zogenoemde vrijwaringverplichting bij verdeling van art. 3:188 BW van toepassing?
- d. Onder welke titel houdt een deelgenoot het goed (art. 3:186 BW)?

De minister voegt hieraan nog toe:

- e. Wanneer kan bij een bijzondere gemeenschap een boedelbeschrijving worden afgedwongen (art. 3:194 BW)?

Hieraan kan nog worden toegevoegd:

- f. Wanneer kan een deelgenoot verdeling van de gehele gemeenschap afdwingen?
- g. Wat is de juiste toepassing van art. 3:185 BW?
- h. In welke mate is de verdeling abstract?

Ad a. Aan welke vormvoorschriften moet de verdeling voldoen?

225. In de regel zijn rechtshandelingen vormvrij (art. 3:37 lid 1). Art. 3:183 herhaalt deze regel in zijn aanhef door te bepalen: ‘De verdeling kan geschieden (...) in de vorm die partijen goeddunkt (...)’. In het vervolg van dit artikel worden drie belangrijke uitzonderingen gegeven. Ten eerste bepaalt art. 3:183 BW dat alle deelgenoten en diegenen wier medewerking aan de verdeling vereist is het vrije beheer over hun goederen moeten hebben. Dit is niet het geval indien één van deze personen handelingsonbekwaam of failliet verklaard is, of als de schuldsaneringsregeling op hem van toepassing is verklaard. De tweede uitzondering is het geval waarin het recht van een deelgenoot of iemand wier medewerking aan de verdeling is vereist onder bewind is gesteld en deze niet wordt vertegenwoordigd door zijn bewindvoerder, voorzien van de daartoe vereiste

²⁴⁷ TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 611.

²⁴⁸ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 612.

toestemming of machtiging van de rechter. De laatste uitzondering op de regel van vormvrijheid betreft het geval waarin een deelgenoot of een andere persoon wiens medewerking aan de verdeling is vereist, wordt vertegenwoordigd, terwijl de vertegenwoordiger niet is aangewezen door de vertegenwoordigde.²⁴⁹ Een dergelijk geval doet zich voor bij vertegenwoordiging door een zogenoemde onzijdig persoon (art. 3:181 BW). Deze onzijdige persoon wordt, indien een deelgenoot niet meewerkt aan de verdeling, door de rechter en niet door de deelgenoot aangewezen. In al deze gevallen breekt art. 3:183 BW met het beginsel van vormvrijheid van rechtshandelingen en bepaalt het artikel dat, tenzij de rechter anders bepaalt, de verdeling moet plaatsvinden bij notariële akte en moet worden goedgekeurd door de kantonrechter.

Ad b. Wanneer is de verdeling nietig of vernietigbaar?

226. Art. 3:195-200 BW bevatten bijzondere regels die die nietigheid van vernietigbaarheid van de verdeling regelen. Een belangrijk element in deze regels wordt gevormd door art. 3:196 BW dat een bijzondere dwalingregeling voor de verdeling bevat. Deze regeling beperkt de mogelijkheden van vernietiging van de verdeling op grond van dwaling tot het geval waarin een deelgenoot heeft gedwaald omtrent de waarde van de goederen en schulden en als gevolg daarvan met ten minste een vierde is benadeeld. Hoe deze dwaling is ontstaan is niet relevant.²⁵⁰ Deze dwalingregeling heeft voorrang boven de gewone dwalingregeling. Art. 3:199 BW bepaalt dat art. 6:228-230 BW niet van toepassing zijn op de verdeling.

Ad c. Wanneer is de zogenoemde vrijwaringverplichting bij verdeling van art. 3:188 BW van toepassing?

227. Art. 3:188 BW bepaalt dat een deelgenoot onder bepaalde omstandigheden recht heeft op schadevergoeding als hij wordt gestoord in het genot van een hem toegedeeld goed. Deze regeling wordt vrijwaringregeling genoemd.

Ad d. Onder welke titel houdt een deelgenoot het goed (art. 3:186 BW)?

228. Art. 3:186 lid 2 BW bepaalt dat de verkrijgende deelgenoot het goed houdt onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de

²⁴⁹ In dit geval is immers geen sprake van 'een door hem aangewezen vertegenwoordiger'. Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 611 en de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 3 juni 2005, NJ 2007, 88 (*Onzijdige persoon mr. Ubbink*) onder nr. 8 en de daar genoemde literatuur. Zie ook art. 1117 BW (oud) waarin dit met zoveel woorden werd bepaald.

²⁵⁰ HR 28 april 2006, NJ 2008, 165, m.nt. Jac. Hijma, *Ars Aequi* 2006, 621, m.nt. A.J.M. Nuytink.

verdeling hielden. Dit heb ik hierboven de ‘transparantie van de verdeling’ genoemd.²⁵¹

Ad e. Wanneer kan bij een bijzondere gemeenschap een boedelbeschrijving worden afgedwongen (art. 3:194 BW)?

229. Voor de verdeling van een bijzondere gemeenschap bepaalt art. 3:194 BW dat ieder van de deelgenoten kan vorderen dat de verdeling aanvangt met een boedelbeschrijving. Hiermee wordt gewaarborgd dat de verdeling op deskundige wijze gebeurt.

Ad f. Wanneer kan een deelgenoot verdeling van de gehele gemeenschap afdwingen?

230. Art. 3:179 en 184 BW geven de deelgenoten de bevoegdheid om zich tegen een partiële verdeling te verzetten. Art. 3:179 BW bepaalt dat een deelgenoot geen genoegen hoeft te nemen met de verdeling van slechts een gedeelte van de gemeenschap. Hij kan verlangen dat alle tot de gemeenschap behorende goederen en de voor rekening van de gemeenschap komende schulden in de verdeling worden betrokken. Art. 3:184 BW sluit hierop aan door te bepalen dat in een dergelijk geval de deelgenoten ook kunnen verlangen dat op het aandeel van de andere deelgenoot wordt toegerekend hetgeen deze aan de gemeenschap schuldig is.

Ad g. Wat is de juiste toepassing van art. 3:185 BW?

231. Art. 3:185 BW geeft de rechter de bevoegdheid om, ingeval de deelgenoten niet tot overeenstemming kunnen komen, de wijze van verdeling te gelaaten of de verdeling vast te stellen. Over de uitleg van deze bepaling bestaan in de literatuur verschillende opvattingen, die zijn terug te voeren op de vraag wat onder verdeling moet worden begrepen.

Ad h. In welke mate is de verdeling abstract?

232. Art. 6:229 BW is niet op de verdeling van toepassing. Dit betekent dat de verdeling niet kan worden vernietigd op grond van het feit dat zij voortbouwt op een rechtsverhouding die in werkelijkheid niet bestaat. Dit geeft de verdeling een zeker abstract karakter. Dit abstracte karakter wordt sterker of zwakker al naar gelang wat onder ‘verdeling’ wordt begrepen. Wordt met de verdeling de overeenkomst van toedeling bedoeld, dan zal deze overeenkomst niet kunnen worden vernietigd als deze voortbouwt op een niet bestaande rechtsverhouding. Dit zal zich niet zo snel voordoen. Wordt de levering, of althans de daaraan ten grondslag liggende goederenrechtelijke overeenkomst, als verdeling opgevat,

²⁵¹ Zie nr. 215.

dan wordt de overgang van het goed niet aangetast als de overeenkomst van toedeling wordt vernietigd.

2.2.2 *Objectieve eisen aan de verdeling*

233. Wil een rechtshandeling een verdeling zijn, dan moet deze rechtshandeling als resultaat hebben dat krachtens de rechtshandeling één of meer deelgenoten één of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. Kleijn noemt deze eis de objectieve eis. Hij komt tot deze benaming door een uitspraak van Meijers. Deze laatste schrijft:

‘Men scheidt niet de aandelen van de deelgenoten maar gemeenschappelijke goederen.’²⁵²

Kleijn geeft dit in die zin weer dat het object van de rechtshandeling de gemeenschappelijke goederen moet zijn.

234. De objectieve eis wordt ook wel eens anders weergegeven. Men zegt dan dat als gevolg van de rechtshandeling moet de onverdeeldheid ten aanzien van ten minste één deelgenoot en ten minste één goed eindigen.²⁵³ Deze weergave is iets eenvoudiger te lezen, maar er schuilt ook een gebrek in. Deze weergave omvat namelijk ook de verkoop en levering van een gemeenschappelijk goed aan een derde. Hiervan neemt niemand aan dat dit een verdeling zou zijn.

235. In de objectieve eis kunnen twee verschillende onderdelen worden onderscheiden:

De goederen moeten door een deelgenoot worden verkregen

Ik wees zojuist al op de tekortkoming van de definitie die zegt dat de onverdeeldheid ten aanzien van ten minste één deelgenoot en ten minste één goed moet eindigen. De verkoop van een gemeenschappelijk goed aan een derde is geen verdeling.

De verkrijgende deelgeno(o)t(en) moet(en) de goederen met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen.

Dit wil zeggen dat door de rechtshandeling de band met de gemeenschap ten aanzien van ten minste één goed en ten aanzien van ten minste één deelgenoot verloren gaat. Als A, B en C ieder voor 1/3 in een gemeenschap zijn gerechtigd en C de helft van zijn aandeel aan A en B gezamenlijk verkoopt, zodat de verhouding tussen A, B en C na levering wordt: 5/12, 5/12, 2/12, dan eindigt ten aanzien van C de gemeenschapsband niet.

²⁵² Meijers 1916, p. 360.

²⁵³ Kleijn 1969, p. 7.

2.2.3 Subjectieve eisen aan de verdeling

236. Om een rechtshandeling als een verdeling te kunnen aanmerken, moet de rechtshandeling behalve aan de objectieve eisen ook aan de subjectieve eisen aan een verdeling voldoen. Als voorbeelden van rechtshandelingen die voldoen aan de objectieve eisen van een verdeling kunnen worden genoemd de overeenkomst van toedeling, een koop tussen de deelgenoten van een gemeenschappelijk goed, de afstand van een ontbonden huwelijksgemeenschap en de afstand door één van de legatarissen van een legaat dat aan twee personen is vermaakt.²⁵⁴ Met de subjectieve eis aan de verdeling wordt bedoeld dat *alle* deelgenoten aan de verdeling meewerken. Hiermee is afstand van een ontbonden huwelijksgemeenschap geen verdeling.²⁵⁵ Afstand is immers een eenzijdige rechtshandeling. Alleen de (gewezen) echtgenoot die afstand doet, is hierbij betrokken. Medewerking van de andere echtgenoot is niet noodzakelijk. Ook afstand van een legaat door één van de medelegatarissen voldoet niet aan de subjectieve eis.

237. Volgens art. 3:182 BW moeten aan de rechtshandeling alle deelgenoten ‘meewerken’. Meewerken is een lichtere eis dan deelnemen. Hieruit lijkt te volgen dat het niet noodzakelijk is dat alle deelgenoten partij zijn bij de rechtshandeling. Neem het volgende voorbeeld. Bij bijzondere gemeenschappen bepaalt art. 3:190 lid 1 BW dat een deelgenoot zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed afzonderlijk niet kan vervreemden, zonder toestemming van de overige deelgenoten. Zijn A, B en C deelgenoten in een bijzondere gemeenschap en wil A zijn aandeel in een afzonderlijk goed aan B vervreemden, dan heeft hij daarvoor de toestemming van C nodig. Als medewerking zo wordt uitgelegd dat de toestemming van C voldoende is, dan is de vervreemding een verdeling. Wordt het begrip ‘medewerking’ uit art. 3:182 BW beperkter uitgelegd, dan is de vervreemding geen verdeling.²⁵⁶ Bij deze vraag is nog een ander aspect van belang. Wat is de rechtskarakter van de verdeling? De koop tussen A en B behoeft namelijk niet de medewerking van C, dit geldt alleen voor de levering.

²⁵⁴ In dat laatste geval is immers sprake van een gemeenschappelijk vorderingsrecht van de legatarissen op de erfgena(a)m(en). Doet één van de legatarissen afstand, dan wast zijn aandeel aan bij dat van zijn medelegataris.

²⁵⁵ Dit neemt niet weg dat afstand wel een rechtsgevolg met verdeling gemeen heeft. De deelgenoot die geen afstand van de gemeenschap heeft gedaan, houdt na de afstand het gehele goed onder dezelfde titel als waaronder hij voorheen het aandeel in het goed hield. Dit gebeurt echter niet op basis van art. 3:186 lid 2 BW, maar op grond van het feit dat het aandeel van de deelgenoot die afstand doet, bij zijn aandeel *aanwast* (art. 1:103 lid 2 BW).

²⁵⁶ Vgl. Kleijn 1969, p. 6 en 11.

2.3 *Het rechtskarakter van de verdeling*

238. Art. 3:182 BW beantwoordt niet de vraag wat het rechtskarakter van de verdeling is. Neem het voorbeeld waarin een deelgenoot een gemeenschappelijk goed van de overige deelgenoten ‘koopt’ waarna levering plaatsvindt. In dit geval wordt zowel aan de objectieve als aan de subjectieve eis voldaan. Er is dus sprake van een verdeling. Er kunnen drie rechtshandelingen worden aangewezen die als verdeling zouden kunnen worden aangemerkt. De koopovereenkomst, de levering en het geheel van koopovereenkomst en levering. Al deze rechtshandelingen voldoen aan de definitie van verdeling. Welke van deze rechtshandelingen moet nu als verdeling worden aangemerkt? Het antwoord op deze vraag is van belang in verband met het hierboven genoemde²⁵⁷ belang van de definitie van verdeling. Om maar een voorbeeld te noemen, moet, indien één van de deelgenoten niet het vrije beheer over zijn goederen heeft, de koopovereenkomst, de levering of beiden aan de vormvoorschriften van art. 3:183 BW voldoen?

239. Ten aanzien van de vraag naar het rechtskarakter van de verdeling zijn in de literatuur drie standpunten te onderscheiden. Ik zal allereerst deze standpunten beschrijven (2.3.1). Vervolgens zal ik ingaan op twee belangrijke argumenten waarop de schrijvers hun standpunten baseren. Dit zijn allereerst het oude recht (2.3.2) en de wordingsgeschiedenis van art. 3:182 BW (2.3.3). Ik zal aantonen dat beide argumenten alle standpunten ondersteunen en daarom niet doorslaggevend kunnen zijn. Vervolgens zal ik de strekking van de verdelingsdefinitie onderzoeken en zo tot een eigen opvatting komen (2.3.4). Ik ben van mening dat de strekking van de verdelingsdefinitie, bij afwezigheid van andere argumenten, doorslaggevend moet zijn.

2.3.1 *Standpunten in de literatuur*

240. Over het rechtskarakter van de verdeling bestaat in de literatuur geen eenstemmigheid. Er zijn drie standpunten te onderscheiden zonder dat van een echte heersende leer kan worden gesproken. Ten eerste is er het standpunt dat de verdeling goederenrechtelijk effect heeft. Ten tweede het standpunt dat de verdeling de goederenrechtelijke overeenkomst die aan levering voorafgaat, is. Het derde standpunt bepleit dat de verdeling de obligatoire overeenkomst is. De schrijvers die deze verschillende standpunten aanhangen, gebruiken niet hetzelfde begrippenstelsel. Hieronder zal ik de verschillende standpunten bespreken. Daarbij zal ik de verschillende begrippenstelsels vertalen naar het door mij ontwikkelde begrippenstelsel.²⁵⁸

²⁵⁷ Nr. 224 e.v.

²⁵⁸ Vgl. nr. 211-221.

Verdeling als goederenrechtelijke rechtshandeling

241. In het eerste standpunt heeft de verdeling goederenrechtelijke werking. Dit betekent dat met de verdeling het complex van handelingen wordt bedoeld dat ertoe leidt dat de verkrijgende deelgenoot rechthebbende wordt. Dit noem ik de *goederenrechtelijke rechtshandeling*, niet te verwarren met de goederenrechtelijke overeenkomst. Dit standpunt wordt ingenomen door Meijer in haar oratie. Meijer onderscheidt in de verdeling twee fasen. Allereerst de obligatoire fase, Meijer noemt deze fase ook wel overeenkomst *tot* toedeling of overeenkomst *tot* verdeling. In deze fase bereiken de deelgenoten overeenstemming wie van hen welke gemeenschappelijke goederen zal verkrijgen. Meijer heeft het hier over hetgeen ik overeenkomst van toedeling heb genoemd. Na de obligatoire fase volgt de zakelijke (thans goederenrechtelijke) fase. Met deze fase doelt Meijer op de levering (die zij ook wel ‘toedeling’ noemt). Deze fasen tezamen vormen de verdeling.²⁵⁹

Dit alles blijkt het duidelijkst als Meijer schrijft:

‘In overeenstemming hiermede zal ik ook voor het komende recht voor de zakelijke fase de term “toedeling” reserveren en voor de obligatoire fase de term “overeenkomst tot toedeling” gebruiken. Beide fasen duid ik tezamen aan als “verdeling”.’²⁶⁰

Verdeling als goederenrechtelijke overeenkomst

242. In de opvatting dat de levering een goederenrechtelijke overeenkomst is, wordt onderscheid gemaakt tussen de obligatoire overeenkomst van toedeling en de goederenrechtelijke overeenkomst die aan de levering ten grondslag ligt. Deze opvatting wordt door Meijer en in mindere mate door Perrick aangehangen.

De (nieuwe) opvatting van Meijer

243. Sinds haar oratie heeft Meijer haar bovenstaande visie enigszins aangepast.²⁶¹ In een artikel in FJR betuigt Meijer zich nu aanhanger van de theorie dat een verdeling een goederenrechtelijke overeenkomst is.²⁶² In dit artikel houdt zij vast aan het opdelen van de verdeling in twee fasen. Nog steeds is van een over-

²⁵⁹ Meijer 1986, p. 20-24.

²⁶⁰ Meijer 1986, p. 24.

²⁶¹ Dit komt wellicht omdat de minister ten tijde van de Invoeringswet op haar oratie heeft gereageerd. Vanuit de Tweede Kamer werd de vraag gesteld of de minister kon onderschrijven dat met de verdeling werd bedoeld het ‘vaststellen’ wat aan iedere deelgenoot toekomt, dat daarmee niet de levering werd bedoeld, dat deze volgde op de verdeling en dat voor een rechtsgeldige verkrijging door een deelgenoot zowel een levering als een verdeling nodig waren; zie LvVr. II Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1299. De minister heeft al deze vragen bevestigend beantwoord; zie LvAntw. II Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1299.

²⁶² Meijer 2002, p. 38-43; Meijer spreekt zelf van een goederenrechtelijke rechtshandeling.

eenkomst *tot* verdeling (in mijn begrippenstelsel een ‘overeenkomst van toedeling’) sprake als:

‘de deelgenoten het erover eens zijn welke goederen aan wie toebedeeld zullen worden en wie van de deelgenoten eventueel een vordering krijgt wegens overbedeling van de ander (...)’²⁶³

De verdeling in de zin van art. 3:182 BW wordt nu echter door Meijer de overeenkomst *van* verdeling genoemd. Dit is volgens Meijer:

‘de verdeling als goederenrechtelijke rechtshandeling – krachtens welke een deelgenoot goederen *verkrijgt* (...)’²⁶⁴

Dat de wet de verdeling ziet als een goederenrechtelijke rechtshandeling, leidt Meijer af uit art. 3:182 BW.²⁶⁵ Wat Meijer nu met deze goederenrechtelijke rechtshandeling bedoelt, wordt niet meteen duidelijk. Zij heeft hiermee in ieder geval niet de levering op het oog. Dit blijkt uit het volgende citaat:

‘Uit het hierboven geciteerde art. 3:182 BW blijkt dat de wet verdeling ziet als een goederenrechtelijke rechtshandeling, krachtens welke een deelgenoot alleen rechthebbende wordt. Daarmee lijkt in tegenspraak dat art. 3:186 lid 1 BW voor de toedeling een “levering” eist, “op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven”. Het lijkt er in die zinsnede op, dat de verdeling, als titel van de overgang fungerende, moet worden gevolgd door een levering om te bewerkstelligen dat de ene deelgenoot alleen rechthebbende wordt. Dat deze benadering niet juist is blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij de toelichting van art. 3:186 lid 1 BW. In de Toelichting Meijers wordt opgemerkt: “Het gekozen stelsel, dat iedere rechtshandeling waardoor de rechtstoestand van een registergoed gewijzigd wordt, uit de registers moet blijken, verzet zich er tegen dat een verdeling anders dan een koop behandeld wordt. Ook bij de toewijzing van vorderingen is het gewenst, daaraan eerst na kennisgeving of betekening aan de schuldenaar gevolg toe te kennen.” Daarbij is kennelijk uit het oog verloren dat niemand krachtens “koop” eigenaar wordt van een registergoed, maar op grond van art. 3:182 BW een deelgenoot krachtens verdeling wel alleen rechthebbende wordt.’²⁶⁶

Het bovenstaande citaat is moeilijk te interpreteren. Bedoelt Meijer hier nu dat door de enkele verdeling men al rechthebbende wordt en dat de levering hiervoor niet constitutief is? Of bedoelt zij iets anders? Ik denk het laatste. Ik vermoed dat Meijer met de verdeling de goederenrechtelijke overeenkomst bedoelt die aan een levering ten grondslag moet liggen, of althans een begrip dat hier dicht tegenaan ligt. Enige alinea’s later schrijft zij namelijk over het geval dat de deelgenoten een vordering op naam hebben verdeeld en deze vordering hebben

²⁶³ Meijer 2002, p. 38.

²⁶⁴ Meijer 2002, p. 38; cursivering Meijer.

²⁶⁵ Meijer 2002, p. 39.

²⁶⁶ Meijer 2002, p. 39; cursivering van mij.

vastgelegd. Naar aanleiding van het arrest Dorrepaal q.q./Corsmit Groep²⁶⁷ schrijft Meijer:

‘Hebben deelgenoten een “verdeling” van een vordering op naam vastgesteld in een akte, dan zal men zich moeten afvragen of hun bedoeling was een overeenkomst tot verdeling – die nog gevolgd moet worden door een verdeling – vast te leggen of dat men zich voorstelde dat hierin de verdeling zelf was neergelegd. Iets soortgelijks kan men betogen waar het betreft de verdeling van een registergoed. Is men de verdeling overeengekomen bij notariële akte, dan zal eerst nagegaan moeten worden of deze akte bestemd is om ingeschreven te worden. Is het resultaat hiervan positief (...), dan is sprake van een verdeling, waarbij inschrijving van de akte leidt tot verkrijging van het betrokken recht door de ene deelgenoot.’

In de bovenstaande citaten onderscheidt Meijer de leveringsvoorschriften van de goederenrechtelijke overeenkomst die aan levering ten grondslag ligt. De overeenkomst van verdeling is in haar visie de goederenrechtelijke overeenkomst die aan een levering ten grondslag ligt.

De opvatting van Perrick

244. Ook Perrick ziet de verdeling meer als een goederenrechtelijke overeenkomst dan als een obligatoire overeenkomst.²⁶⁸ Hij maakt onderscheid tussen de ‘toedeling’, de ‘overeenkomst tot verdeling’ en de ‘levering’.²⁶⁹ Zijn begrip ‘overeenkomst tot verdeling’ komt overeen met mijn begrip ‘overeenkomst van toedeling’. Dit blijkt uit het volgende citaat:

‘De overeenkomst, waarbij de deelgenoten zich over en weer verbinden *op een bepaalde wijze*²⁷⁰ de toedeling tot stand te brengen, met andere woorden een overeenkomst tot verdeling is, anders dan de toedeling een obligatoire overeenkomst. De toedeling zelve is dan uitvoering van de overeenkomst tot verdeling.’²⁷¹

Hier heeft Perrick het oog op hetgeen ik een *overeenkomst tot toedeling* heb genoemd: de voorovereenkomst van de overeenkomst van toedeling, bijvoorbeeld de afspraak om een derde de gemeenschap te laten verdelen. Dit leid ik af uit de door mij gecursiveerde woorden ‘op een bepaalde wijze’. Dat Perrick het hier over de procedureafspraken heeft, wordt ook duidelijk uit het volgende citaat:

‘Onjuist is de opvatting dat aan *elke* toedeling een overeenkomst daartoe voorafgaat: deze laatste is een zelden voorkomende figuur door enkele schrijvers aangegrepen om de toedeling een causaal karakter te geven. (...) Echter de toedeling vindt haar

²⁶⁷ HR 27 oktober 1995, *NJ* 1998, 191, m.nt. C.J.H. Brunner (*Dorrepaal q.q./Corsmit Groep*).

²⁶⁸ Deze opvatting lijkt ook Nuytinck te huldigen in zijn noot onder HR 28 april 2006, *NJ* 2008, 165, m.nt. Jac. Hijma, *Ars Aequi* 2006, 621, m.nt. A.J.M. Nuytinck.

²⁶⁹ Perrick 1996, voetnoot 169b, p. 414.

²⁷⁰ Mijn cursivering, MLT.

²⁷¹ Perrick 2007, nr. 117.

rechtvaardiging in haarzelve: de onverdeeldheid van de gemeenschap moet beëindigd worden.²⁷²

Gezien dit citaat kan ik mij niet voorstellen dat Perrick met de overeenkomst tot verdeling doelt op hetgeen ik overeenkomst van toedeling heb genoemd. Als de deelgenoten een gemeenschap in onderling overleg verdelen, is het inderdaad zeldzaam dat de deelgenoten een rechtens bindende overeenkomst tot toedeling sluiten, maar het is vrijwel onbestaanbaar dat de deelgenoten geen overeenkomst van toedeling sluiten.

245. Perrick stelt dat verdelen toedelen is.²⁷³ Met 'toedelen' heeft hij echter een andere rechtsfiguur op het oog dan ik met de overeenkomst van toedeling heb. Over de toedeling zelf schrijft Perrick:

'De toedeling als rechtshandeling tussen de deelgenoten *als deelgenoten* is niet een overeenkomst in de zin van art. 6:213 BW, waarbij één of meer partijen jegens één of meer andere partijen een verbintenis aangaan. Er zijn niet een partij ter ene zijde en een partij ter andere zijde. (...) In de formulering van VAN DER GRINTEN (...): "(...) tezamen verrichten zij één rechtshandeling welke verkrijging van het goed medebrengt".'²⁷⁴

Perrick kent aan hetgeen hij verdeling of toedeling noemt wel dezelfde functie toe als die ik toeken aan de overeenkomst van toedeling, namelijk het tussen de deelgenoten vaststellen wat eenieder toekomt. Wij verschillen alleen van mening over de aard van deze rechtshandeling. Ik zeg dat het een obligatoire overeenkomst is. Perrick stelt van niet. Ik kan Perrick in zijn opvatting niet volgen. Hoe kan het zijn dat uit de afspraak tussen de deelgenoten geen verbintenissen over en weer voortvloeien? Ik kan alleen maar concluderen dat Perrick met zijn begrip van toedeling sterk aanleunt tegen een goederenrechtelijke overeenkomst. Inderdaad vloeien uit een goederenrechtelijke overeenkomst geen verbintenissen voort.

246. Zoals gezegd, onderscheidt Perrick de verdeling van de levering. Over de levering in de zin van een goederenrechtelijke overeenkomst schrijft Perrick:

'Levering is een meerzijdige rechtshandeling. (...) Dat de levering een tweezijdige rechtshandeling is, betekent niet dat aanvaarding door de deelgenoot aan wie wordt toebedeeld noodzakelijk is. Deze noodzaak volgt ook niet uit art. 3:186 lid 1. Aanvaarding past ook minder bij het declaratieve karakter dat de verdeling ook onder het huidige recht heeft behouden.'²⁷⁵

Wat volgens Perrick de precieze verhouding tussen de toedeling en de goederenrechtelijke overeenkomst is, wordt mij al met al niet duidelijk.

²⁷² Perrick 2007, nr. 117.

²⁷³ Perrick 1996, nr. 450.

²⁷⁴ Perrick 2007, nr. 116.

²⁷⁵ Perrick 2007, nr. 134.

Verdeling als (obligatoire) overeenkomst

247. Onder de schrijvers die de verdeling zien als een (obligatoire) overeenkomst, versta ik de schrijvers die onder verdeling begrijpen hetgeen ik heb aangeduid als overeenkomst van toedeling. Deze opvatting wordt onder andere verdedigd door Van Mourik,²⁷⁶ Van Schaick²⁷⁷ en Zwalve.²⁷⁸ Zij zien de verdeling als een (obligatoire) overeenkomst.

248. Deze schrijvers laten de vraag onbeantwoord of de overeenkomst van toedeling een obligatoire overeenkomst is. Van Mourik was aanvankelijk de mening toegedaan dat dit het geval is,²⁷⁹ maar thans lijkt hij van opvatting veranderd. Hij schrijft:

‘De verdeling als zodanig heeft geen goederenrechtelijk effect. Zij verplicht tot medewerking aan een levering en is *in dit opzicht* obligatoir van aard. Zie artikel 1:186 lid 1. De verdeling verplicht niet tot een “overdracht”. De eis dat geleverd moet worden is enkel juridisch-technisch van aard. Aldus bezien, kan worden geconstateerd dat de deelgenoten bij de verdeling als zodanig geen enkele inhoudelijke verbintenis aangaan. Van een wederkerige overeenkomst kan niet worden gesproken.’²⁸⁰

Deze passage is voor mij onbegrijpelijk. Onder een verbintenis wordt verstaan:

‘een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is.’²⁸¹

Het is mij niet duidelijk aan welk onderdeel van deze definitie de verplichting tot levering ex art. 3:186 BW niet voldoet. Het lijkt erop dat Van Mourik van mening is dat de levering op grond van art. 3:186 BW te weinig ‘inhoudelijk’ is om te kwalificeren als prestatie als bedoeld in deze definitie van verbintenis. Deze gedachte wordt hem klaarblijkelijk ingegeven door het gegeven dat het leveringsvereiste van art. 3:186 is gegrond op de wens elke rechtshandeling ten aanzien van een registergoed uit de registers te doen blijken.²⁸² Dat wil echter niet zeggen dat de verplichting tot levering daarmee het karakter van een verbintenis komt te ontberen. Het feit dat het leveringsvereiste is gegrond op een technisch-juridische overweging, neemt niet weg dat de levering een prestatie is in de zin van de definitie van verdeling. Zou de opvatting van Van Mourik worden gevolgd, dan is de koopovereenkomst geen wederkerige overeenkomst, aange-

²⁷⁶ Van Mourik 2006a, nr. 36 en Van Mourik 2008, nr. 83.

²⁷⁷ Van Schaick 1998, p. 214.

²⁷⁸ Zwalve 1984, p. 83 e.v.

²⁷⁹ Van Mourik 2004, nr. 83 en Van Mourik & Verstappen 2006, p. 242. In Van Mourik 2001, nr. 17, laat hij deze vraag nog expliciet onbeantwoord.

²⁸⁰ Van Mourik 2006a, nr. 36, cursivering van Van Mourik; Van Mourik verwijst naar art. 1:186 BW, bedoeld zal zijn art. 3:186 BW, zie ook Van Mourik 2008, nr. 83.

²⁸¹ Hartkamp & Sieburgh 2008, nr. 6.

²⁸² TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 618.

zien de verplichting van de verkoper om het gekochte goed te leveren geen verbintenis is. Immers, ook het leveringsvereiste bij overdracht is gegrond op technisch-juridische overwegingen.

249. Het belang van dit dogmatische onderscheid is beperkt. Ook als men de overeenkomst van toedeling niet kwalificeert als een obligatoire overeenkomst, kunnen de meeste regels die van toepassing zijn op overeenkomsten analoog worden toegepast. Art. 6:216 BW voorziet in analoge toepassing van art. 6:213 tot en met 260 BW op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen dan de obligatoire overeenkomst,²⁸³ terwijl art. 6:261 lid 2 BW voorziet in de analoge toepassing van de regelingen van de wederkerige overeenkomst op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties.²⁸⁴

Tussenopvattingen

250. Tussen de opvatting dat de verdeling een obligatoire overeenkomst is, en de opvatting dat de verdeling een goederenrechtelijke overeenkomst is, bestaan uiteraard tussenopvattingen. De bestaansmogelijkheid voor deze tussenopvattingen wordt al gegeven door het feit dat de goederenrechtelijke overeenkomst maar hoogst zelden zich apart – dus los van de overeenkomst – zal voordoen.²⁸⁵ Hartkamp en Snijders nemen een tussenpositie in als zij schrijven:

‘De verdeling is enerzijds een zakenrechtelijke rechtshandeling (...), zij het dat zij pas voltooid is door de leveringshandeling, anderzijds een rechtsbetrekking strekkende tot het wederzijds verrichten van prestaties in de zin van art. 6.5.4.1 lid 2 [art. 6:261 lid 2 BW].’²⁸⁶

Het nadeel van deze opvatting is dat zij geen duidelijkheid verschaft over de rechtskarakter van de verdeling. Hiermee wordt bijvoorbeeld niet duidelijk hoe de in art. 3:185 BW genoemde bevoegdheid van de rechter om de verdeling vast te stellen, moet worden begrepen.

²⁸³ Van Mourik 2006a, nr. 36.

²⁸⁴ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 620. Voert men de opvatting van Van Mourik consequent door, dan lijkt art. 6:261 lid 2 BW *niet* van toepassing op de overeenkomst van toedeling. Immers, het is van tweeën één, ofwel de levering ex art. 3:186 BW is een prestatie in de zin van de definitie van een verdeling en daarmee is de overeenkomst van toedeling een obligatoire wederkerige overeenkomst, waarop art. 6:261 lid 1 BW van toepassing is, ofwel de levering is géén prestatie in de zin van de definitie van een verdeling, maar dan óók geen prestatie in de zin van art. 6:261 lid 2 BW.

²⁸⁵ Zie bijv. Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 133.

²⁸⁶ Hartkamp & Snijders 1983, p. 149, noot 14.

2.3.2 *Verdeling onder het oude recht*

251. Door de aanhangers van de verschillende standpunten wordt een beroep gedaan op de situatie zoals die was onder het oude recht.²⁸⁷ Onder het oude recht was de verdeling, toen nog boedelscheiding geheten, een rechtshandeling van zeer bijzondere aard. Dit werd veroorzaakt door de werking van art. 1129 BW (oud). De werking van dit artikel wordt wel aangeduid als *declaratief*. Over de precieze inhoud van het begrip ‘declaratief’ bestaat de nodige verdeeldheid.²⁸⁸ Hier is slechts van belang dat de boedelscheiding ingevolge art. 1129 BW (oud) terugwerkende kracht had, dat de erfgenamen werden geacht het goed onder dezelfde titel te houden als waaronder de erflater dit had gehouden en dat geen nadere levering noodzakelijk was. Dit laatste betekende dat het bij de verdeling van een gemeenschap in beginsel voldoende was dat de deelgenoten overeenstemming bereikten over de vraag wie welke goederen toegedeeld zou krijgen. Zodra deze overeenstemming bestond, was de gemeenschap (met terugwerkende kracht) verdeeld. Om een voorbeeld te geven. Stel dat erflater E drie erfgenamen, A, B en C, heeft. Door het overlijden van E worden A, B en C deelgenoten in de gemeenschap van de nalatenschap van E. Als zij na de begrafenis van E overleggen wat nu met de spulletjes moet gebeuren, zegt A dat hij het deel van B en C wel wil ‘kopen’. B en C vragen hoeveel A wil betalen. A zegt een ton. Als B en C dan, roerende in hun koffie, knikken, was onder het oude recht de eigendom overgegaan.²⁸⁹ Onder het oude recht betekende dit dat rechtens de gemeenschap nooit had bestaan en A vanaf het overlijden van E enig eigenaar van de goederen van de nalatenschap van E was. Hiermee hing samen dat A werd geacht de goederen krachtens erfopvolging en niet krachtens boedelscheiding te hebben verkregen.

252. Hiermee was de boedelscheiding een vreemde eend in de bijt. In 1838 heeft de wetgever namelijk gebroken met het voor het Franse recht geldende beginsel dat eigendom werd overgedragen door de enkele werking van een verbintenis (art. 1138 CC). In plaats daarvan was het stelsel van overdracht ingevoerd, dat naast een titel ook een levering als voorwaarde voor overdracht stelde. Het had voor de hand gelegen als de wetgever deze ook bij de boedelscheiding had doorgevoerd.²⁹⁰

²⁸⁷ Zie uitgebreid over de boedelscheiding Kleijn 1969 en Van der Ploeg 1988, nr. 389 e.v.

²⁸⁸ Vgl. Molenaar 1982, p. 244-246, Luijten 1993, p. 14-16 en 36-38.

²⁸⁹ Zie Pleysier 1996-1997, p. 136 voor een dergelijk voorbeeld.

²⁹⁰ Het waarom van deze keuze wordt uit de toelichting niet duidelijk; zie Voorduin 1838, p. 272, zie ook Van Mourik 1991, p. 891. Volgens Luijten was het aan art. 883 CC (oud) ten grondslag liggende systeem al voor de invoering van de Code Napoléon in de Nederlanden geldend recht; zie Luijten 1993, p. 15. Dit zou volgens mij de keuze van de wetgever in 1838 kunnen verklaren. Immers, doel van het Burgerlijk Wetboek van 1838 was om terug te keren naar het Nederlandse rechtssysteem van voor de Franse overheersing.

253. Het feit dat de boedelscheiding onder het oude recht direct goederenrechtelijk effect had, betekent dat de obligatoire overeenkomst samenviel met de goederenrechtelijke overeenkomst. Dit betekent dat het oude recht voor de interpretatie van het begrip ‘verdeling’ zoals dit onder het huidige recht bestaat onvruchtbaar is. Alle standpunten over het rechtskarakter van de verdeling onder het huidige recht zijn met een beroep op het oude recht even verdedigbaar.

2.3.3 *Wettekst en parlementaire geschiedenis*

254. De hierboven genoemde schrijvers doen in verschillende mate een beroep op de wettekst en de totstandkominggeschiedenis van art. 3:182 BW. Ik ben echter van mening dat ook deze geschiedenis alle standpunten steunt en dus geen vruchtbaar argument vormt. Ik zal dit aantonen. Omwille van de leesbaarheid herhaal ik hier de definitie van art. 3:182 BW:

‘Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten (...) medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. De handeling is niet een verdeling, indien zij strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten, die niet voortspuit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin.’

255. Deze bepaling is niet in een keer tot stand gekomen. Oorspronkelijke luidde art. 3.7.1.11 van het Ontwerp-Meijers:

‘Als een verdeling wordt beschouwd iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten (...) medewerken, en waardoor een of meer van hen een of meer van de goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen.’

Hier lijkt dus de opvatting dat de verdeling goederenrechtelijk effect heeft, de beste papieren te hebben. Art. 3.7.1.11 bepaalt immers dat ‘door’ de verdeling de verkrijgende deelgenoot het goed verkrijgt. Deze bepaling moet echter in samenhang worden gelezen met lid 3 van art. 3.7.1.14 OM. Dit artikellid luidt:

‘De overdracht van het aan ieder der deelgenoten toebedeelde dient te geschieden op de wijze als voor overdracht van goederen in het algemeen is voorgeschreven.’

In de toelichting bij dit lid schrijft Meijers dat met de declaratieve werking van de scheiding wordt gebroken.²⁹¹ In lid 5 van art. 3.7.1.14 OM wordt bepaald dat de voorschriften voor wederkerige overeenkomsten op de verdeling van overeenkomstige toepassing zijn. Hierover schrijft Meijers dat aan de deling zuiver obligatoire werking wordt toegekend.²⁹² Op basis van deze uitspraken van Meijers heeft de opvatting dat de verdeling een obligatoire overeenkomst is, ook goede papieren. Ook de opvatting dat de verdeling een goederenrechtelijke overeenkomst is, blijft in de race. Immers, lid 5 van art. 3.7.1.14 OM verklaart

²⁹¹ TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 618.

²⁹² TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 618.

de voorschriften die betrekking hebben op wederkerige overeenkomsten, alleen van *overeenkomstige* toepassing.

256. De tekst van art. 3.7.1.11 wordt vervolgens gewijzigd tot:

‘Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten (...) medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. De handeling is niet een verdeling, indien zij strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten.’

Aan de oorspronkelijke tekst is dus de tweede zin toegevoegd en de woorden ‘wordt beschouwd’ zijn vervangen door ‘wordt aangemerkt’ en het woord ‘waardoor’ is vervangen door ‘krachtens welke’. Deze laatste wijzigingen worden verklaard met de opmerking dat het hier om redactionele wijzigingen gaat.²⁹³ Het gebruik van het woord ‘krachtens’ verzwakt echter wel de positie van de opvatting die zegt dat met verdeling de combinatie van overeenkomst van verdeling en levering werd bedoeld. Niemand verkrijgt door de enkele koopovereenkomst een goed, maar als dit aan hem wordt geleverd, verkrijgt hij het goed wel *krachtens* koop.²⁹⁴ Onder de nieuwe redactie van de eerste zin van art. 3.7.1.11 is het moeilijk nog vol te houden dat de verdeling de combinatie van overeenkomst van toedeling en de levering is. Met deze wijziging lijkt ook het lot van de opvatting die zegt dat de verdeling een goederenrechtelijke overeenkomst is, bezegeld. Onder deze tekst van art. 3.7.1.11 is de levering op grond van een koopovereenkomst die tussen de deelgenoten wordt gesloten dan geen verdeling. Dit sluit uit dat de verdeling een goederenrechtelijke overeenkomst kan zijn. Deze wordt immers gesloten om te voldoen aan de op grond van de obligatoire overeenkomst bestaande verplichting tot levering. Dat betekent dat de goederenrechtelijke overeenkomst binnen het toepassingsbereik van de tweede zin van art. 3.7.1.11 komt en daarmee van de status van verdeling wordt uitgesloten. Neem het voorbeeld dat tussen de deelgenoten een koopovereenkomst wordt gesloten. Deze koopovereenkomst is een verdeling op grond van de eerste zin van art. 3.7.1.11. De goederenrechtelijke overeenkomst die wordt gesloten om aan de leveringsverplichting op grond van de ‘koopovereenkomst’ te voldoen is weliswaar een verdeling op grond van de eerste zin, maar op grond van de tweede zin wordt deze overeenkomst dit karakter onthouden. Immers, de goederenrechtelijke overeenkomst strekt tot nakoming van een schuld die voor rekening van de gemeenschap komt.²⁹⁵

²⁹³ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 612.

²⁹⁴ Vgl. de tekst van art. 3:84 lid 1 BW. De levering moet geschieden ‘krachtens’ een geldige titel.

²⁹⁵ Dit wordt ook in de literatuur signaleerd. Zie bijv. Kleijn 1973, p. 170.

257. Dit alles wordt anders als art. 3.7.1.11 nogmaals wordt aangepast. Uiteindelijk luidt de tekst:

‘Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten (...) medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. De handeling is niet een verdeling, indien zij strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten, die niet voortspuit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin.’

Deze wijziging wordt als volgt toegelicht. De bedoeling van de tweede zin van art. 3.7.1.11 is om aan te sluiten bij de arresten Van der Looy/Van der Looy²⁹⁶ en Schellens/Schellens.²⁹⁷ In deze arresten werd de Hoge Raad voor de vraag gesteld of de koop die de erflater met een van zijn erfgenamen had gesloten, respectievelijk een vordering uit legaat aan een erfgenaam een verdeling was. De Hoge Raad heeft deze vraag in beide gevallen ontkennend beantwoord.

258. De toevoeging aan de tweede zin stelt zoals blijkt uit de toelichting zeker dat de levering op grond van een koop tussen deelgenoten een verdeling is.

‘De slotwoorden van de nieuwe redactie van de tweede zin zien op het geval van bij voorbeeld een verkoop door de gezamenlijke deelgenoten aan één hunner, een handeling die onder de eerste zin van art. 3.7.1.11 valt. De tweede zin van artikel 11 omvat, zoals de slotwoorden verduidelijken, niet de nakoming van de verplichting tot levering uit de koopovereenkomst jegens de deelgenoot-koper. Ook hier is derhalve een verdeling.’²⁹⁸

Met andere woorden: onder de nieuwe redactie van art. 3.7.1.11 is zowel de obligatoire als de goederenrechtelijke overeenkomst een verdeling. Aangezien beide als verdeling worden gezien, kan ook worden verdedigd dat juist de combinatie van beide een verdeling is.

259. Ten tijde van de Invoeringswet wordt deze conclusie weer ontkracht. De minister wordt gevraagd of hij kan onderschrijven dat met de verdeling in titel 3.7 wordt bedoeld het ‘vaststellen’ wat aan ieder der deelgenoten toekomt en dat met verdeling niet is bedoeld de levering.²⁹⁹ De minister reageert hierop als volgt:

‘De hier aan de orde gestelde vragen dienen inderdaad alle bevestigend te worden beantwoord. Daarbij verdient aantekening dat ook in artikel 3.7.1.11 [art. 3:182 BW] de term verdeling wordt gebezigd in de door de commissie aangegeven zin van vaststelling van wat aan ieder van de deelgenoten toekomt, “krachtens” welke vaststelling de verdeelde goederen worden geleverd en aldus verkregen.

²⁹⁶ HR 31 mei 1963, *NJ* 1964, 10, m.nt. J.H. Beekhuis (*Van der Looy/Van der Looy*).

²⁹⁷ HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126, m.nt. J.H. Beekhuis (*Schellens/Schellens*).

²⁹⁸ *NvW*, Parl. Gesch. Boek 3, p. 613.

²⁹⁹ *LvVr II Inv*, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1299.

De tweede zin vormt op de eerste een uitzondering waaruit bij voorbeeld voortvloeit dat, overeenkomstig de huidige rechtspraak, in de nakoming van een legaat aan een erfgenaam door de gezamenlijke erfgenamen geen zodanige vaststelling besloten mag worden geacht, hoezeer het eindresultaat ook is dat de legataris “een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgt”. De tweede zin is, zoals het slot uitdrukt, uiteraard zonder enige betekenis als het gaat om de nakoming van een schuld uit een handeling die zelf al een verdeling is.³⁰⁰

Hier is de minister kennelijk een andere mening toegedaan dan zijn voorganger. De levering die eerst nog een verdeling was, is nu geen verdeling meer. Dit alles zonder dat de wettekst is aangepast. Daarbij laat het woord ‘vaststelling’ aan duidelijkheid het nodige te wensen over.

260. De conclusie van dit alles is dat op basis van de wettekst en de parlementaire geschiedenis niet duidelijk wordt of de verdeling een obligatoire overeenkomst, een goederenrechtelijke overeenkomst of de combinatie van beide is. De voorstanders van de obligatoire overeenkomst kunnen op de hierboven geciteerde opmerking van de minister wijzen. De voorstanders van de verdeling met goederenrechtelijk effect kunnen wijzen op het feit dat de wettekst niet is gewijzigd, waaruit voortvloeit dat zowel de levering als de obligatoire overeenkomst als verdeling kunnen worden aangemerkt. De voorstanders van de verdeling als goederenrechtelijke overeenkomst hebben het moeilijker; zij zullen in elk geval moeten toegeven dat de verdeling óók de obligatoire overeenkomst kan omvatten.

2.3.4 *Eigen opvatting*

261. Hierboven heb ik aangetoond dat op basis van het oude recht en de wet-geschiedenis het niet mogelijk is om tot een definitieve conclusie te komen over het rechtskarakter van de verdeling. Dit betekent dat de strekking van de verdelingsdefinitie de doorslag zal moeten geven. De strekking van deze definitie is om te bepalen of de bijzondere rechtsregels die op een verdeling van toepassing zijn, op een concrete rechtshandeling van toepassing moeten zijn. In paragraaf 2.2.1 heb ik deze rechtsregels genoemd. Het zijn:

- a. Aan welke vormvoorschriften moet een verdeling voldoen?
- b. Wanneer is een verdeling nietig of vernietigbaar?
- c. Wanneer is de zogenoemde vrijwaringverplichting bij verdeling van art. 3:188 BW van toepassing?
- d. Onder welke titel houdt een deelgenoot het goed (art. 3:186 BW)?

³⁰⁰ LvAntw II Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1299.

- e. Wanneer kan bij een bijzondere gemeenschap een boedelbeschrijving worden afgedwongen (art. 3:194 BW)?
- f. Wanneer kan een deelgenoot verdeling van de gehele gemeenschap afdwingen?
- g. Wat is de juiste interpretatie van art. 3:185 BW?
- h. In welke mate is de verdeling abstract?

Hieronder zal ik deze vragen stuk voor stuk bespreken. Ik zal steeds analyseren welke opvatting de meest plausibele is voor de beantwoording van het concrete vraagstuk.

Ad a. Aan welke vormvoorschriften moet een verdeling voldoen?

262. Onder omstandigheden gelden voor de verdeling vormvoorschriften (art. 3:183 lid 2 BW). De verdeling moet dan in een notariële akte moet worden neergelegd en door de kantonrechter moet worden goedgekeurd. Het ligt het meest voor de hand om deze vormvoorschriften op de overeenkomst van toedeling van toepassing te achten. Ten eerste omdat in de meeste gevallen waarin de wet vormvoorschriften aan een overeenkomst stelt, deze aan de obligatoire overeenkomst worden gesteld. Ten tweede omdat zo een merkwaardige patstelling wordt voorkomen. Zou de goederenrechtelijke overeenkomst aan goedkeuring zijn onderworpen, dan zou de overeenkomst van toedeling de deelgenoten verplichten om te leveren, maar zouden zij niet kunnen leveren bij gebreke van een geldige goederenrechtelijke overeenkomst. Deze patstelling ontstaat ook als aan de combinatie van toedeling en levering dit vereiste wordt gesteld. Vanuit het oogpunt van vormvoorschriften ligt het dus het meest voor de hand om de verdeling als overeenkomst van toedeling te beschouwen.

Ad b. Wanneer is een verdeling nietig of vernietigbaar?

263. Vaak zal het praktisch gezien weinig uitmaken of de overeenkomst van toedeling, de levering dan wel het geheel wordt aangetast door vernietigbaarheid. Het ligt voor de hand dat nietigheid dan wel vernietigbaarheid van de verdeling op grond van art. 3:195 en 196 BW dezelfde gevolgen zal hebben, namelijk dat de gemeenschap, met terugwerkende kracht, wordt hersteld. Het is echter wel zo dat in de regel slechts obligatoire rechtshandelingen worden aangetast door nietigheden en vernietigbaarheden. Ook een goederenrechtelijk georiënteerde vernietigingsactie als de actio pauliana grijpt aan op het obligatoire rechtsmoment.³⁰¹ Ook hier ligt dus de obligatoire overeenkomst het meest voor de hand als verdeling.

³⁰¹ Van Koppen 1998, p. 179 en Hijma 1988, p. 229.

Ad c. Wanneer is de zogenoemde vrijwaringverplichting bij verdeling van art. 3:188 BW van toepassing?

264. Art. 3:188 BW verplicht de deelgenoten om elkaar de schade te vergoeden die het gevolg is van een stoornis die intreedt na de verdeling. Neem het volgende voorbeeld. A, B en C zijn ieder voor een derde eigenaar van een auto. Deze auto hebben zij verkregen door schenking, gevolgd door levering. Deze auto wordt toegedeeld aan A. Enige weken later vindt de levering plaats. Dan blijkt dat op de auto een vruchtgebruik rust. B en C zijn nu verplicht de waardevermindering van de auto aan A te vergoeden. Voor het intreden van deze plicht is het van weinig belang of onder ‘verdeling’ de overeenkomst van toedeling, de goederenrechtelijke overeenkomst of een combinatie daarvan wordt verstaan.

265. De vraag wat verdeling is, is wél van belang voor het antwoord op de vraag op welk moment de oorzaak van de stoornis of uitwinning is gelegen. Art. 3:188 lid 1 BW bepaalt dat de oorzaak van de stoornis moet zijn gelegen vóór de verdeling. De overeenkomst van toedeling gaat vooraf aan de levering. Zou het vruchtgebruik na de overeenkomst van toedeling zijn gevestigd, maar vóór de levering, dan zouden B en C niet zijn gehouden de schade te vergoeden.

266. Deze situatie zal zich niet zo snel voordoen. Ten eerste is moeilijk in te zien hoe na de overeenkomst van toedeling nog een vruchtgebruik of een andere stoornis kan ontstaan. In de regel zal dit een toerekenbare tekortkoming van B en/of C opleveren en zullen B en/of C op basis daarvan schadevergoedingsplichtig zijn. Een stoornis of uitwinning zal bovendien een beroep op opschorting van de overeenkomst van toedeling of een beroep op onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW rechtvaardigen. Voor zover de stoornis is gelegen in een uitwinning, is dit eenvoudig te voorkomen door op grond van art. 3:179 BW te verlangen dat ook voor rekening van de gemeenschap komende schulden worden verdeeld.

267. De conclusie moet zijn dat geen van de verdelingsbegrippen wordt uitgesloten. Wellicht bestaat voor de goederenrechtelijke verdelingsbegrippen een lichte voorkeur, maar de bezwaren tegen de obligatoire variant zijn van geringe aard.

Ad d. Onder welke titel houdt de deelgenoot het goed?

268. De vraag onder welke titel een deelgenoot een goed na verdeling houdt, betreft de positie van derden. Dit roept een probleem op. Een derde is onder alle omstandigheden erbij gebaat dat een rechtshandeling als verdeling wordt aangemerkt. De verkrijgende deelgenoot is juist erbij gebaat dat de rechtshandeling niet als een verdeling wordt aangemerkt. De keuze tussen de twee conflicterende

belangen moet worden gemaakt op basis van de verdelingsdefinitie. Wat een verdeling is, moet dus worden beantwoord door analyse van de andere vragen.

Ad e. Wanneer kan bij een bijzondere gemeenschap een boedelbeschrijving worden afgedwongen (art. 3:194 BW)?

269. Ook hier ligt het meest voor de hand om aan te nemen dat de verdeling de overeenkomst van toedeling is. De boedelbeschrijving dient om de verdeling te vergemakkelijken. Deze functie heeft de boedelbeschrijving alleen als deze plaatsvindt vóórdat de deelgenoten de overeenkomst van toedeling sluiten. Hetzelfde resultaat zou worden bereikt als wordt aangenomen dat de verdeling de combinatie van overeenkomst van toedeling en de levering is. Wordt aangenomen dat de verdeling de goederenrechtelijke overeenkomst is, dan vervult de boedelbeschrijving geen functie meer.

Ad f. Wanneer kan een deelgenoot verdeling van de gehele gemeenschap afdwingen?

270. Indien verdeling van een gemeenschappelijk goed wordt gevorderd, kan iedere deelgenoot verlangen dat alle tot de gemeenschap behorende goederen en de voor rekening van de gemeenschap komende schulden in de verdeling worden begrepen (art. 3:179 BW). Deze bevoegdheid kan moeilijk op een ander moment worden voorgesteld dan bij de overeenkomst van toedeling. Alleen op dit moment heeft het voor een deelgenoot zin om te verlangen dat ook andere gemeenschappelijke goederen worden verdeeld. Zo kan ook worden verklaard waarom schulden kunnen worden verdeeld. De verdeling van een schuld is enkel een obligatoire overeenkomst tussen de deelgenoten, waarin wordt overeengekomen wie draagplichtig is voor welke schulden. Op grond van art. 3:179 lid 3 jo. art. 6:155 BW heeft deze afspraak pas werking tegenover de schuldeiser zodra deze ermee heeft ingestemd.

Ad g. Wat is de juiste interpretatie van art. 3:185 BW?

271. Art. 3:185 BW kent een regeling die het de rechter mogelijk maakt de wijze van de verdeling te gelasten of de verdeling zelf vast te stellen. Over deze bepaling is veel discussie. Het gaat daarbij om de vraag of een uitspraak waarbij de rechter de verdeling vaststelt, goederenrechtelijk effect heeft. Dit uit zich het duidelijkst wanneer het gaat om de verdeling van registergoederen.

272. Wie van mening is dat de verdeling de obligatoire overeenkomst van toedeling is, komt tot de conclusie dat een dergelijke uitspraak geen goederenrechtelijk effect heeft. In deze opvatting moet de gehele levering nog plaatsvinden, dus zowel het opmaken van de notariële akte als de inschrijving in de

openbare registers.³⁰² In de opvatting dat de rechtshandeling de goederenrechtelijke overeenkomst is, zou al wel aan het vereiste van een goederenrechtelijke overeenkomst zijn voldaan. Aan de inschrijvingseis is dan nog niet voldaan. Nu de uitspraak in de plaats treedt van een tot levering bestemde akte, moet de uitspraak worden ingeschreven in de openbare registers.³⁰³ Tussen de schrijvers die deze opvatting aanhangen, bestaat verschil van mening over het antwoord op de vraag of deze inschrijving plaatsvindt op basis van art. 3:301 BW dan wel op basis van art. 3:17 lid 1, aanhef en onder e, BW. Soms sluiten de schrijvers die deze opvatting verdedigen wat betreft de gevolgen van een degelijke uitspraak aan bij de schrijvers die de verdeling zien als een goederenrechtelijke rechtshandeling.³⁰⁴ In deze laatste opvatting heeft de verdeling goederenrechtelijk effect en is levering niet meer noodzakelijk. Een uitspraak *kan* op basis van art. 3:17 lid 1, aanhef en onder e, BW worden ingeschreven in de registers.³⁰⁵

273. De opvatting dat de verdeling de obligatoire overeenkomst van toedeling is, heeft als voordeel dat deze opvatting het eenvoudigst is. Vreest een deelgenoot dat zijn mededeelgenoten niet aan de levering zullen meewerken, dan kan hij op basis van art. 3:300 BW vorderen dat de rechter maatregelen treft die de reële executie van de leveringsverplichting mogelijk maken. Treedt de uitspraak in de plaats van de leveringsakte dan is art. 3:301 BW van toepassing en dienen de voorschriften uit dit artikel te worden nageleefd. Over de vraag of art. 3:301 BW van toepassing is kan in deze visie geen twijfel bestaan.³⁰⁶ Hier van is alleen sprake als de rechter – desgevorderd – heeft bepaald dat zijn uitspraak in de plaats van een leveringsakte treedt.

274. De opvatting dat een uitspraak waarin de rechter de verdeling van de gemeenschap vaststelt goederenrechtelijke werking heeft, is moeilijk in te passen in het goederenrechtelijk systeem. Dit zou er namelijk toe leiden dat de rechtstoestand afwijkt van die, welke blijkt uit de openbare registers. Het voorkomen van deze afwijking was nu juist de leidende gedachte voor de invoering van art. 3:186 lid 1 BW.³⁰⁷ Bovendien zou op deze manier het stelsel van art.

³⁰² Deze opvatting wordt verdedigd door onder anderen: Kleijn 1973, p. 182 en Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 450.

³⁰³ Deze opvatting wordt verdedigd door: Schoordijk 1983, p. 143 en Van der Burght & Ebben 2004, nr. 572, Kasdorp 2005, p. 216 en Meijer 2004, p. 115. Meijer baseert de inschrijving echter alleen op art. 3:17 lid 1, aanhef en onder e, BW. Dit zou tot gevolg hebben dat art. 3:301 BW niet van toepassing is, hetgeen vreemd is.

³⁰⁴ Perrick 2007, nr. 134, die stelt dat art. 3:301 BW niet van toepassing is.

³⁰⁵ Deze opvatting wordt verdedigd door onder anderen: Hidma 2008, art. 677, aant. 1, en Pleysier 1996-1997, p. 191.

³⁰⁶ Zie voor een voorbeeld waarin blijkens de conclusie van de A-G wél twijfel bestond HR 6 september 1996, *NJ* 1997, 593, m.nt. W.M. Kleijn.

³⁰⁷ TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 618. Saillant detail is dat Meijers de tekst van het huidige art. 3:186 BW in art. 3:7.1.14 (de voorloper van art. 3:185 BW) opnam.

3:301 BW worden doorkruist, terwijl art. 3:301 BW juist een afweging behelst tussen de belangen van de partijen die bij een geschil zijn betrokken, en de belangen van derden die een goed hopen te verkrijgen of dat reeds hebben verkregen. Deze afweging heeft onder meer geleid tot de eis dat een rechtsmiddel tegen een dergelijk uitspraak in het rechtsmiddelenregister moet worden ingeschreven (art. 3:301 lid 2 BW). Waarom zouden deze regels niet moeten gelden bij een geschil over de goederenrechtelijke effectuering van de verdeling?

275. De opvatting dat de vaststelling van de verdeling in de plaats treedt van de goederenrechtelijke overeenkomst, heeft als eerste bezwaar dat onduidelijk is wat de status is van de uitspraak. Legt deze alleen de inhoud van de overeenkomst van toedeling vast, of wordt deze overeenkomst ook goederenrechtelijk geëffectueerd?³⁰⁸ Bovendien roept deze opvatting de vraag op of art. 3:301 BW wel van toepassing is. Wordt aangenomen dat dit artikel wel van toepassing is, dan doet zich iets merkwaardigs voor als tegen de uitspraak een rechtsmiddel wordt ingesteld en de eis van inschrijving van dit rechtsmiddel uit art. 3:301 BW wordt veronachtzaamd. Is in dit geval de gehele verdeling in kracht van gewijsde gegaan of alleen dat deel dat van toepassing is op het registergoed? Gezien de beperkte strekking van de inschrijvingseis van art. 3:301 BW³⁰⁹ ligt het laatste voor de hand, maar dan valt niet goed te overzien wat de gevolgen zijn van een verdelingsuitspraak die gedeeltelijk in kracht van gewijsde is gegaan.³¹⁰

Ad h. In welke mate is de verdeling abstract?

276. De verdeling is een abstracte rechtshandeling. Dit volgt uit art. 3:199 BW. Dit artikel sluit de toepasselijkheid van art. 6:229 BW op de verdeling uit. Dit betekent dat de geldigheid van de verdeling niet wordt aangetast door het ontbreken van een rechtsverhouding waarop de verdeling voortbouwt.

277. De reikwijdte van dit artikel is in de parlementaire geschiedenis nauwelijks toegelicht.³¹¹ Als de goederenrechtelijke overeenkomst als verdeling wordt

³⁰⁸ Dit probleem wordt nog verergerd door het feit die de verdeling van een gemeenschap vaststelt op de voet van art. 3:185 lid 1 BW niet gebonden aan hetgeen partijen hebben gevorderd; zie HR 17 april 1998, *NJ* 1999, 550, m.nt. W.M. Kleijn (*J.v.Z./G.v.Z.*).

³⁰⁹ Vgl. HR 4 mei 2007, *NJ* 2008, 141, m.nt. H.J. Snijders (*FWOS/Wagrowski*).

³¹⁰ Deze situatie vormt geen probleem indien ervan wordt uitgegaan dat de verdeling slechts de overeenkomst van toedeling is. In die opvatting blijft gezien het arrest HR 4 mei 2007, *NJ* 2008, 141, m.nt. H.J. Snijders (*FWOS/Wagrowski*) de verdeling geldig en is alleen een klacht tegen de reële executie niet ontvankelijk.

³¹¹ Zie MvA II, GO en NvW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 637 jo. NvW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 635, waar uitsluitend wordt opgemerkt dat zonder art. 3:199 BW, art. 6:229 BW van toepassing zou zijn op de gevallen waarop art. 3:195 lid 2 BW ziet, te weten het geval dat iemand aan de verdeling heeft deelgenomen zonder dat hij tot de gemeenschap was gerechtigd, of het geval dat een deelgenoot bij de verdeling is opgekomen voor een groter aandeel dan hem toekwam.

aangemerkt, dan zou de verkrijgende deelgenoot rechthebbende blijven, ook al zou de overeenkomst van toedeling worden vernietigd of nietig blijken te zijn. Het is moeilijk voor een zo grote mate van abstractie een rechtvaardiging te geven. Wordt de overeenkomst van toedeling als verdeling aangemerkt, dan is een verdeling alleen in die mate abstract dat de geldigheid van de overeenkomst van toedeling niet wordt aangetast door het niet bestaan van een overeenkomst tot toedeling. Dit is een veel beperktere mate van abstractie die zich gemakkelijker laat rechtvaardigen. Deze zelfde mate van abstractie wordt bereikt indien de verdeling de goederenrechtelijke rechtshandeling is.

Conclusie

278. In het voorgaande heb ik geanalyseerd welke rechtshandeling als verdeling moet worden aangemerkt: de overeenkomst van toedeling, de goederenrechtelijke overeenkomst dan wel de combinatie van beide, de goederenrechtelijke rechtshandeling. Mijn conclusie is dat de overeenkomst van toedeling als verdeling moet worden aangemerkt, aangezien deze oplossing in verreweg de meeste gevallen het meest voor de hand ligt. Op deze opvatting is nog wel een aanvulling nodig. Hierboven refereerde ik al aan de verdeling van schulden.³¹² Zoals al uit art. 3:179 lid 1 BW blijkt, kan ook dit aspect in de verdeling worden begrepen. Onder verdeling versta ik daarom:

De obligatoire overeenkomst van toedeling, waarbij alle deelgenoten gezamenlijk regelen, aan welke deelgenoot, al dan niet onder de verplichting een vordering uit overbedeling te voldoen, welke gemeenschappelijke goederen zullen worden geleverd, en waarbij zij ook kunnen regelen wie van hen draagplichtig zal zijn voor welke voor rekening van de gemeenschap komende schulden.

2.4 Beschikkingsbevoegdheid bij levering op grond van verdeling

279. Bij mijn uiteenzetting van hetgeen nodig is, wil een goed ophouden gemeenschappelijk te zijn, heb ik niet de rol van beschikkingsbevoegdheid besproken. Dit komt omdat het lijkt alsof de verdeling een bijzondere regeling daarvoor kent in art. 3:195 lid 1 BW. Volgens dit artikellid is een verdeling waaraan niet alle deelgenoten en andere personen wier medewerking aan de verdeling is vereist, hebben meegewerkt, in beginsel nietig. Geschiedt de verdeling echter bij notariële akte, dan is zij slechts vernietigbaar. Op deze manier lijkt de beschikkingsbevoegdheidseis bij overdracht een eigen invulling te hebben gekregen bij de verdeling.

280. Dit heeft wel een ongunstige consequentie. Is de verdeling bij notariële akte geschied, dan is zij slechts vernietigbaar. Art. 3:195 lid 1 BW bepaalt dat de rechtsvordering tot vernietiging van een verdeling verjaart na één jaar, nadat de

³¹² Zie nr. 270.

verdeling ter kennis is gekomen van de overgeslagen deelgenoten. Daarnaast bepaalt art. 3:200 BW dat elke rechtsvordering tot vernietiging van een verdeling na drie jaren vervalst. De consequentie van dit alles is dat een overgeslagen deelgenoot zijn recht te snel kan verliezen. In de literatuur wordt dit als onwenselijk ervaren.³¹³ Uit het inzicht dat de verdeling slechts de overeenkomst van toedeling is, volgt dat de positie van de overgeslagen deelgenoot veilig is. Deze positie is gelijk aan de positie van degene wiens goed door een derde wordt overgedragen. Ik zal dit aantonen.

281. Voor de goederenrechtelijke effectuering van de verdeling is een levering op dezelfde wijze als voor overdracht noodzakelijk (art. 3:186 lid 1 BW). Eén van de vereisten bij overdracht is dat degene die levert beschikkingsbevoegd is. Wordt een goed geleverd door een beschikkingsonbevoegde dan is de overdracht in beginsel (behoudens regels van derdenbescherming) ongeldig. Hoewel art. 3:186 lid 1 BW dit niet met zoveel woorden bepaalt, moet dit ook gelden voor de levering op grond van een verdeling.³¹⁴ Dit betekent dat een levering van een gemeenschappelijk goed door of namens alle deelgenoten moet geschieden. Wordt de levering door slechts één of enkele deelgenoten voltrokken, dan sorteert de levering geen effect. Het goed gaat niet over in het vermogen van de verkrijgende deelgenoot en de gemeenschap blijft gewoon bestaan. Ditzelfde geldt overigens ook als een beperkt gerechtigde op een aandeel wordt

³¹³ Vaak probeert de literatuur aan de toepasselijkheid te ontkomen. Perrick 2007, nr. 154, stelt dat het beginpunt van de termijn van art. 3:200 BW ligt bij de verdeling en niet bij de levering, maar stelt dat art. 3:200 BW niet van toepassing is op het geval van art. 3:195 lid 1 BW, nu deze bepaling een verjaringstermijn van een jaar kent. Van Mourik 2006a, nr. 76, meent dat het beginpunt van de termijn ligt bij de levering. Hij is ook van mening dat art. 3:200 BW niet van toepassing is op het geval van art. 3:195 lid 1 BW. Nuytinck stelt in zijn noot HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 62, *Ars Aequi* 2007, 515, m.nt. A.J.M. Nuytinck dat de vervaltermijn ook van toepassing is op het geval van art. 3:195 lid 1 BW, maar ontkomt aan de negatieve gevolgen door het toekennen van een schadevergoedingsactie.

Daartegenover staan schrijvers die een strengere lijn voorstaan. Zij menen dat art. 3:200 BW ook van toepassing is op het geval van art. 3:195 lid 1 BW en lijken geen ont-snappingsmogelijkheden te zien. Tot deze groep behoren onder anderen De Boer, in zijn noten onder HR 24 februari 1995, *NJ* 1995, 468, m.nt. J. de Boer en HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483, m.nt. J. de Boer (*Notariszoon*), Van Schaick 1998, p. 218 en Luijten & Meijer 2008, nr. 942 (toegepast op de ouderlijke boedelverdeling).

³¹⁴ Art. 3:186 lid 1 BW bepaalt dat levering moet geschieden op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven. Onder 'dezelfde wijze' kan ook worden begrepen de eis die art. 3:84 lid 1 BW stelt, dat de persoon die levert, beschikkingsbevoegd moet zijn. Dit volgt ook uit art. 3:170 lid 3 BW. Dit artikellid bepaalt dat de bevoegdheden die niet onder gebruik of beheer vallen, door de deelgenoten gezamenlijk moeten worden uitgeoefend. Onder deze bevoegdheden valt ook de bevoegdheid een goed te leveren, ook als dit aan een deelgenoot gebeurt.

Vgl. voor het geval dat de deelgenoten een goed verdelen dat niet aan hen toekomt: Pleyzier 1996-1997, p. 152, die ook meent dat de verdeling in dit geval geen goederenrechtelijk effect sorteert bij gebrek aan beschikkingsbevoegdheid.

overgeslagen. Ook zijn medewerking is noodzakelijk, wil de deelgenoot aan wie hij zijn recht ontleent volledig beschikkingsbevoegd zijn om het goed te leveren (vgl. ook art. 1:177 lid 2 BW).

282. De opvatting dat voor een geldige levering ex art. 3:186 BW beschikkingsbevoegdheid een vereiste is, heeft als voordeel dat geen ongerechtvaardigd verschil ontstaat tussen de situatie waarin één van de deelgenoten, zonder toestemming van de overige deelgenoten, een gemeenschappelijk goed aan een derde verkoopt en levert en de situatie waarin een deelgenoot bij een verdeling en de levering is overgeslagen.

283. Stel dat A, B en C denken de gezamenlijke erfgenamen van erflater E te zijn. Zij kunnen dan besluiten een tot de gemeenschap behorend huis te verkopen en te leveren aan X. Zij kunnen ook besluiten het huis aan A te ‘verkopen’ en te leveren. In dat geval is sprake van een verdeling. Zou, nadat het huis is verkocht en geleverd aan X, blijken dat E nog een vierde erfgenaam, D, heeft, dan kan D stellen dat het huis nog steeds tot de gemeenschap behoort, althans dat hij is gerechtigd tot een aandeel in het huis. Immers, het huis is dan niet door een beschikkingsbevoegde geleverd. De overdracht wordt niet door art. 3:88 BW gesauveerd, ook niet als X op een verklaring van erfrecht is afgegaan en daarmee te goeder trouw is (art. 4:187 BW).³¹⁵ X kan zich ook niet na tien jaren op verkrijgende verjaring beroepen, nu 3:100 BW zich daartegen verzet. Het artikel bepaalt kort gezegd dat geen verkrijgende verjaring plaatsvindt zolang de *hereditatis petitio* (art. 4:183 BW) niet is verjaard.

284. Is het huis echter aan A verkocht en geleverd, dan is aan het vereiste van een notariële akte voldaan, nu in de leveringsakte op grond van art. 3:89 lid 2 BW de ‘titel’ van de overdracht, in dit geval de koop die als verdeling moet worden aangemerkt, is vastgelegd. Deze verdeling is op grond van art. 3:195 lid 1 BW slechts vernietigbaar. Op grond van art. 3:200 BW vervalt de vordering tot vernietiging na drie jaar.

285. Wordt aangenomen dat voor de levering ex art. 3:186 BW geen beschikkingsbevoegdheid noodzakelijk is, dan kan D na drie jaar niet meer stellen dat de gemeenschap nog bestaat, althans zijn aandeel in het huis niet meer revindiceren. Dit zou betekenen dat een derde minder goed wordt beschermd tegen de gevolgen van het onverhoeds opduiken van een extra erfgenaam dan de andere erfgenamen. Hiervoor is geen enkele rechtvaardiging te vinden. Uit andere wetbepalingen blijkt juist dat een derde in de visie van de wetgever meer bescherming verdient dan de overige erfgenamen. Zo bepaalt art. 1:207 lid 5, tweede zin, BW dat door de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap de te goeder trouw verkregen rechten van derden niet worden geschaad, maar dat voor

³¹⁵ Vgl. Perrick 2002, nr. 422.

de overige erfgenamen in beginsel wel een teruggaveplicht bestaat. Art. 1:422 lid 2 jo. art. 412 BW bevat een dergelijke regel voor het geval dat aan een persoon wiens bestaan onzeker is, een erfdeel of een legaat opkomt.

286. Wordt echter aangenomen dat de levering waarmee een verdeling waaraan niet alle deelgenoten hebben meegewerkt wordt geëffectueerd nietig is, dan is de uitkomst veel bevredigender. In dat geval wordt ook de levering aan A nietig.³¹⁶ Dit betekent dat het voor D niet van belang is of A, B en C besluiten het huis aan A toe te delen dan wel besluiten het huis aan X te verkopen en te leveren.

De ezel stoot zich twee keer aan dezelfde steen

287. Het voorgaande toont aan dat art. 3:195 lid 1 BW deels op een denkfout berust. Deze denkfout is gemaakt door Meijers. Hij heeft met dit artikel de vóór 1 januari 1992 gegolden hebbende regel, dat een boedelscheiding nietig was als niet alle deelgenoten en andere personen wier medewerking was vereist, hieraan hadden meegewerkt, willen vastleggen.³¹⁷ Onder het oude recht was deze regel ook de enige juiste. Een boedelscheiding had immers direct eigendomsovergang tot gevolg. Dat een boedelscheiding waarbij niet alle deelgenoten waren betrokken als nietig werd beschouwd was hiervan het logische uitvloeisel. Na 1992 heeft de verdeling pas goederenrechtelijk gevolg nadat aan de leveringsvereisten is voldaan. De levering is een handeling die is voorbehouden aan de rechthebbende. Voor het huidige recht zou een verdeling waaraan niet alle deelgenoten hebben meegewerkt als, een geldige overeenkomst moeten worden aangemerkt, zij het dat de levering geen overgang naar de verkrijgende deelgenoot kan bewerkstelligen, aangezien de levering niet is verricht door (alle) beschikkingsbevoegde personen.

288. Het is enerzijds aardig, anderzijds droevig, om te zien dat de wetgever deze fout eerder heeft gemaakt. Onder de gelding van de Code Napoléon had de enkele verbintenis tot levering tot gevolg dat de eigendom van het te leveren goed overging (art. 711 jo. art. 1138 CC). Noodzakelijke pendant van deze regel was de regel dat koop en verkoop van eens anders goed nietig is (art. 1599 CC). Toen de wetgever in 1838 een eigen Nederlands wetboek invoerde, brak de wetgever met het Franse systeem en werd de levering door een beschikkingsbevoegde een noodzakelijk element voor eigendomsverkrijging. De wetgever verzuimde toen echter de regel dat koop en verkoop van eens anders goed nietig

³¹⁶ A, B, C én D zullen vervolgens het huis alsnog moeten verdelen. Daarbij zijn A, B en C in beginsel gebonden aan de eerdere verdeling, zij het dat het goed mogelijk is dat het opduiken van D een onvoorziene omstandigheid is in de zin van art. 6:258 BW.

³¹⁷ TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 632.

was, te schrappen en nam deze regel op in art. 1507 BW (oud).³¹⁸ Dit ongelukkige artikel werd uiteindelijk in de rechtspraak sterk gerelativeerd,³¹⁹ terwijl er in de literatuur zelfs voor werd gepleit dit artikel ‘voor ongeschreven te houden’.³²⁰ Mijns inziens moet art. 3:195 lid 1 BW hetzelfde lot ondergaan. Het artikel heeft alleen zin wanneer de nietigheid/vernietigbaarheid het gevolg is van het niet deelnemen van een schuldeiser met een bevel tot verdeling. Deze schuldeiser zou, indien hij door de verdeling wordt benadeeld, ook een beroep kunnen doen op de actio pauliana.³²¹

2.5 *Wie kunnen verdeling afdwingen?*

289. De verdeling kan worden afgedwongen door verdeling te vorderen. De wet geeft in titel 3.7 aan drie groepen van personen het recht om de verdeling van de gemeenschap te vorderen. Dit zijn de deelgenoten (art. 3:178 lid 1 BW),³²² de beperkt gerechtigden op een aandeel in de gemeenschap (art. 3:178 lid 1 BW) en de schuldeisers van een deelgenoot (art. 3:180 lid 1 BW). Voor deze laatste groep geldt dat zij geen verdere verdeling kunnen vorderen dan nodig is voor het verhaal van hun vordering.

290. Naast deze drie groepen van personen is er een scala van personen te noemen die de bovengenoemde personen vertegenwoordigen, althans het recht om verdeling te vorderen aan deze personen ontlelen. Te denken valt aan³²³ een vertegenwoordiger, een ouder, een voogd, een bewindvoerder in geval van afwezigheid (art. 1:409 BW), meerderjarigenbewind, (art. 1:441 lid 4 BW) of testamentair bewind (art. 4:170 BW). Anders dan onder het oude erfrecht is de executeur niet langer bevoegd verdeling te vorderen. Deze bevoegdheid komt thans toe aan de bewindvoerder.³²⁴ Mocht één van de deelgenoten failliet zijn verklaard of mocht op hem de schuldsanering van toepassing zijn verklaard, dan

³¹⁸ Zie over deze materie Schut 1981, p. 99-100 en Kamphuisen 1960, p. 33-39.

³¹⁹ Zo kon alleen de koper een beroep op de nietigheid doen, gold als voorwaarde voor dit beroep dat hem nadeel dreigde door het feit dat de verkoper geen eigenaar was, en mocht alleen de koper een beroep doen op dit artikel indien hij ten tijde van het sluiten van de koop te goeder trouw was geweest; zie voor een overzicht van rechtspraak Brunner in zijn noot onder HR 29 mei 1981, *NJ* 1982, 25, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ilgun/Turk*).

³²⁰ Zie bijv. Kamphuisen 1960, p. 38.

³²¹ Hierbij geldt wel de aanname dat de verdeling geldt als een onverplichte rechtshandeling in de zin van de actio pauliana. Ik zou menen dat dit het geval is. De deelgenoten zijn weliswaar verplicht een verdeling overeen te komen. Deze verplichting bepaalt echter niet de inhoud van de verdeling. Het staat de deelgenoten vrij om een verdeling overeen te komen waarbij de schuldeiser niet wordt benadeeld.

³²² Dat dit niet alleen de oorspronkelijke deelgenoten zijn, maar ook bijv. de koper van een aandeel in een nalatenschap, blijkt uit HR 9 april 1943, *NJ* 1943, 346 (*Stoutjesdijk/Van der Slikke*).

³²³ Overzicht ontleend aan: Lammers 2007, art. 3:178 aant. 4.

³²⁴ Zie voor het oude recht: Perrick 1996, nr. 413. Zie voor het huidige recht: Perrick 2004, nr. 516.

worden zijn schuldeisers vertegenwoordigd door een curator onderscheidenlijk een bewindvoerder.³²⁵

2.6 *Wie moeten meewerken aan de verdeling?*

291. Als eenmaal wordt besloten om de gemeenschap te verdelen, dan dient de vraag zich aan wie aan deze verdeling moeten meewerken. Op basis van art. 3:178 en 180 BW zijn dit de deelgenoten, de beperkt gerechtigden op een aandeel in een gemeenschappelijk goed en de schuldeisers met een bevel tot verdeling. Deze personen kunnen op dezelfde gronden als hierboven besproken worden vertegenwoordigd.

292. Als sanctie op het ontbreken van medewerking aan de verdeling stelt art. 3:195 lid 1 BW nietigheid, dan wel vernietigbaarheid. Zoals ik hierboven heb uiteengezet, berust deze sanctie op een denkfout en dient deze bepaling voor ongeschreven te worden gehouden.³²⁶ Dit neemt niet weg dat deelneming van de hierboven genoemde partijen wel degelijk noodzakelijk is. Deelneming aan de verdeling houdt in dat de deelgenoten partij moeten zijn bij zowel de verdeling als de levering.

293. Ook de deelneming van de beperkt gerechtigde op een aandeel in een gemeenschappelijk goed is noodzakelijk. Hij dient mee te werken aan de levering van het goed waarop zijn aandeel rust. Hier is art. 3:177 BW van belang. Dit artikel bepaalt dat een beperkt recht op een aandeel in een goed verloren gaat als het goed wordt toegedeeld en geleverd aan een andere deelgenoot dan de deelgenoot die het beperkte recht heeft gevestigd. In de omgekeerde situatie, als het goed wordt toegedeeld en geleverd aan de deelgenoot die het beperkte recht heeft gevestigd, geldt het omgekeerde. Het beperkte recht komt in dat geval op het gehele goed te rusten. Een beperkt gerechtigde zal, indien zijn rechten door de verdeling worden bekort, niet willen mee werken aan de levering. Deelneming aan de verdeling voor de beperkt gerechtigde op een aandeel, houdt daarom in dat hij zich verbindt om mee te werken aan de levering van het goed.

294. Medewerking van een schuldeiser aan de verdeling is vanuit het oogpunt van beschikkingsbevoegdheid niet nodig. Mijns inziens dient de eis van medewerking van de schuldeiser zo worden uitgelegd dat hij verklaart geen beroep te doen op de (ver)nietig(baar)heid op grond van art. 3:195 lid 1 BW, dan wel op grond van de actio pauliana. Het verkrijgen van deze verklaring zal in de

³²⁵ Vgl. Rb. Arnhem 26 juli 2004, *LJN* AR6528. Waarbij moet worden opgemerkt dat de rechtbank van mening was dat de bewindvoerder in de schuldsanering de saniet vertegenwoordigde. Dit is onjuist. De bewindvoerder trad op ten behoeve van de schuldeisers en maakte dus gebruik van de aan de schuldeisers in art. 3:180 gegeven bevoegdheid verdeling te vorderen.

³²⁶ Zie nr. 288.

regel geen probleem zijn. Zolang de deelgenoot schuldeiser in economische zin een deel verkrijgt dat overeenkomt met zijn aandeel, heeft de schuldeiser weinig reden om de verdeling te blokkeren.

2.7 *De vorm van de verdelingsovereenkomst*

295. Voor de verdelingsovereenkomst geldt als hoofdregel dat deze vormvrij is. Dit wordt uitgedrukt door de aanhef van art. 3:183 lid 1 BW, ‘de verdeling kan geschieden (...) in de vorm die partijen goeddunkt’. Deze regel kent uitzonderingen. Deze uitzonderingen worden in art. 3:183 lid 2 BW geformuleerd als voorwaarden voor het gelden van de vormvrijheid van de verdelingsovereenkomst. Deze voorwaarden zijn:

1. De personen die bij de verdeling zijn betrokken moeten allen het vrije beheer over hun vermogen hebben.
2. Deze personen moeten in persoon of bij door hen aangewezen vertegenwoordiger meewerken, dan wel in geval van bewind over hun recht worden vertegenwoordigd door de bewindvoerder, voorzien van de daartoe vereiste machtiging van de kantonrechter.

Is niet aan deze voorwaarden voldaan, dan moet de verdeling geschieden bij notariële akte en moet deze worden goedgekeurd door de kantonrechter. Dit betekent in de praktijk dat aan de rechter een concept notariële akte wordt voorgelegd met het verzoek zijn goedkeuring aan deze voorgestelde verdeling te verlenen.³²⁷

296. Volgens art. 3:183 lid 2 BW is de kantonrechter die de verdeling moet goedkeuren dezelfde kantonrechter die bevoegd is de wettelijke vertegenwoordiger van degene die het vrije beheer over zijn goederen mist tot beschikkingshandelingen te machtigen. Hier doet zich een probleem voor. Deze regel wijst namelijk alleen een kantonrechter aan die bevoegd is de verdeling goed te keuren als niet is voldaan aan eerste voorwaarde. Het is ook mogelijk dat niet wordt voldaan aan de tweede voorwaarde. Dit gebeurt als een partij niet wordt vertegenwoordigd door een door hemzelf aangewezen vertegenwoordiger. Dit doet zich voor als een partij wordt vertegenwoordigd door een onzijdig persoon.³²⁸ In dit geval wijst art. 3:183 lid 2 BW geen bevoegde kantonrechter aan.

297. Dit probleem is veroorzaakt door het schrappen van de figuur van de boedelrechter. Oorspronkelijk was het de bedoeling deze rechter bevoegd te maken ten aanzien van een groot scala aan rechterlijke taken met betrekking tot een gemeenschap. Bij nader inzien heeft de wetgever besloten deze figuur te schrappen.

³²⁷ Vgl. Perrick 1996, nr. 421.

³²⁸ Zie voetnoot 249.

pen. Bij de Invoeringswet is de boedelrechter in art. 3:183 BW geschrapt en vervangen door de in dat artikel genoemde kantonrechter.³²⁹ Daarbij heeft de wetgever verzuimd te bepalen welke kantonrechter bevoegd is als niet is voldaan aan de tweede voorwaarde. Ik ben van mening dat dit betekent dat deze kantonrechter moet worden gevonden door toepassing van de gewone regels van relatieve bevoegdheidsverdeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Voor zover het gaat om de gemeenschap van een nalatenschap betekent dit dat de rechter van de laatste woonplaats van de overledene bevoegd is (art. 268 Rv). Voor zover het om andere gemeenschappen gaat, is de kantonrechter van de woonplaats van de verzoeker of de belanghebbende bevoegd (art. 262, aanhef en onder a, Rv).

2.8 *De inhoud van de verdelingsovereenkomst*

298. Hierboven heb ik verdedigd dat de verdeling een obligatoire overeenkomst is.³³⁰ Hier geldt dan ook de contractvrijheid. Dit wordt ook uitgedrukt door de aanhef van art. 3:183 lid 1 BW, ‘de verdeling kan geschieden op de wijze (...) die partijen goeddunkt’. De vrijheid van partijen is hierbij zeer groot. Zo kunnen zij bijvoorbeeld besluiten om de gemeenschap niet te verdelen overeenkomstig de geldende aandelen, maar om een deelgenoot voor een groter of een kleiner aandeel te laten mee delen.³³¹

299. Slechts in één geval schrijft de wet controle van de inhoud van de overeenkomst voor. Dit is het geval als de verdeling aan goedkeuring van de kantonrechter onderhevig is. Hierboven is beschreven wanneer dat het geval is.³³² De kantonrechter moet ervoor waken dat bij een verdeling de belangen van ‘onmondige’ partijen niet worden opgeofferd.

300. Voor het overige zijn de deelgenoten bij het overeenkomen van de verdeling gebonden aan de gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid (art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 BW). Dit heeft twee consequenties. Ten eerste dienen de deelgenoten zich bij de onderhandelingen over de overeenkomst van verdeling overeenkomstig deze norm te gedragen. Doen zij dit niet, dan kan de hulp van de rechter worden ingeroepen op grond van art. 3:185 BW. De tweede consequentie is dat de inhoud van de overeenkomst van verdeling door de redelijkheid en billijkheid wordt beïnvloed. Het kan zijn dat de overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid wordt aangevuld.³³³ Het kan ook zo zijn dat het naar

³²⁹ MvT Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1295.

³³⁰ Zie nr. 261-278.

³³¹ HR 26 januari 1979, NJ 1980, 19.

³³² Zie nr. 295.

³³³ Zie bijv. HR 15 april 1994, NJ 1994, 628 (*Fakkert/Fakkert*).

maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is één van de partijen aan de overeengekomen verdeling te houden.³³⁴

3 Onverdeelbare gemeenschappen

301. De gemeenschap is in de visie van de wetgever een abnormale situatie.³³⁵ Dit uit zich op twee manieren. Ten eerste gaat de wetgever er in bijna al zijn bepalingen vanuit dat een goed slechts één rechthebbende heeft. Ten tweede geldt als uitgangspunt dat een deelgenoot in een gemeenschap te allen tijde een einde kan maken aan zijn deelgenootschap. Art. 1112 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek van 1838 drukte dit beginsel treffend uit. Het artikellid luidde:

‘Niemand is genoodzaakt in eenen onverdeelden boedel te blijven.’

Dit beginsel wordt nu verwoord door de regel uit art. 3:178 lid 1 BW, dat verdeling van een gemeenschap in de regel ‘te allen tijde’ kan worden gevorderd. Dat deze regel nog steeds van fundamenteel belang is, moge wel blijken uit het feit dat dit één van de weinige rechtsvorderingen is die niet aan verjaring onderhevig is.³³⁶

302. Hoe principieel het recht op verdeling van de gemeenschap ook moge zijn, er bestaan uitzonderingen op. Als het niet mogelijk is de verdeling van een gemeenschap af te dwingen, dan zegt de wet dat de vordering tot verdeling is uitgesloten. In deze paragraaf bespreek ik de vijf mogelijke oorzaken die de vordering tot verdeling kunnen uitsluiten. De eerste oorzaak is gelegen in een bijzondere rechtsbetrekking tussen de deelgenoten die aan (de vordering tot) verdeling in de weg staat (3.1). De volgende drie oorzaken kunnen worden teruggevonden in art. 3:178 BW. Dit zijn achtereenvolgens het feit dat de aard van de gemeenschap aan de vordering tot verdeling in de weg staat (3.2), de contractuele uitsluiting van de vordering tot verdeling (3.3) en de rechterlijke uitsluiting van de vordering tot verdeling (3.4). De vijfde oorzaak die aan verdeling van de gemeenschap in de weg kan staan, is de redelijkheid en billijkheid (3.5).

3.1 Een rechtsbetrekking staat aan verdeling in de weg

303. Het kan zo zijn dat de gemeenschap dienstig is aan een bijzondere rechtsverhouding tussen de deelgenoten. Als dat zo is, dan is de vordering tot verdeling uitgesloten. Deze rechtsverhouding kan persoonlijk of goederenrechtelijk van aard zijn. Van een persoonlijke rechtsverhouding tussen de deelgenoten is sprake bij een huwelijk of bij een personenvennootschap. Van een goederen-

³³⁴ Een voorbeeld hiervan vormt het arrest HR 16 januari 1981, *NJ* 1981, 312, m.nt. E.A.A. Luijten (*Katwijkse boedelscheiding*).

³³⁵ Vgl. Van der Grinten 1984, p. 143-144.

³³⁶ Dit drukt de wet uit met de woorden ‘te allen tijde’; zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 606. Vgl. voor Duitsland § 758 BGB. Anders: Reinhartz 2004, p. 34.

rechtelijk verband is sprake bij een in appartementsrechten gesplitst gebouw, een rederij en een mandelige zaak. Het niet mogelijk zijn van een vordering tot verdeling volgt voor al deze gevallen, behalve dat van de mandelige zaak, uit het niet van toepassing zijn van art. 3:178 BW op de genoemde gemeenschappen op grond van art. 3:189 lid 1 BW. Voor de mandelige zaak volgt de onmogelijkheid van de vordering tot verdeling uit art. 5:63 lid 2 BW.

304. Wil de gemeenschap vatbaar worden voor verdeling, dan moet deze rechtsbetrekking eerst eindigen. Bij een persoonlijke rechtsbetrekking is het voor een deelgenoot in beginsel steeds mogelijk om deze rechtsbetrekking eenzijdig te doen eindigen. Een huwelijk kan door echtscheiding worden ontbonden of de echtgenoten kunnen hun huwelijkse voorwaarden wijzigen, de overeenkomst van vennootschap kan worden opgezegd, enzovoort. Bij een goederenrechtelijke rechtsbetrekking kan dit slechts in overleg met de overige deelgenoten.

3.2 *Aard van de gemeenschap staat verdeling in de weg*

305. In aansluiting op de hierboven genoemde gevallen bepaalt het slot van art. 3:178 lid 1 BW dat de aard van de gemeenschap aan de vordering tot verdeling in de weg kan staan. Als dat het geval is, kan, zolang de gemeenschap niet van aard wijzigt, geen vordering tot verdeling worden ingesteld. Bij gemeenschappen die naar hun aard niet voor verdeling vatbaar zijn, moet niet worden gedacht aan de bijzondere gemeenschappen, of aan de gemeenschap van een mandelige zaak.³³⁷ In deze gevallen bepaalt de wet al dat de gemeenschap niet voor verdeling vatbaar is. De wetgever heeft echter de rechter 'een zekere vrijheid' gelaten om ook bij andere gemeenschappen te oordelen dat hiervan geen verdeling kan worden gevorderd. In de ogen van de wetgever zou het moeten gaan om die gevallen die aansluiten bij de gemeenschappen waarbij geen verdeling kan worden gevorderd.³³⁸ Hierbij kan worden gedacht aan zowel gemeenschappen die nauw verbonden zijn met een persoonlijke rechtsverhouding tussen de deelgenoten als gemeenschappen die nauw verbonden zijn met een goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen de deelgenoten. Schoordijk geeft twee voorbeelden van een gemeenschap waarbij geen verdeling kan worden gevorderd, aangezien een persoonlijke rechtsverhouding tussen de deelgenoten hieraan in de weg staat. Hij noemt de gemeenschap van ongehuwd samenwonenden en de gemeenschap van een motor die speciaal is aangeschaft om een reis naar Turkije te maken.³³⁹ Als voorbeeld van gemeenschappen waarbij een goederenrechtelij-

³³⁷ Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 606. Anders: Van Mourik 2006a, nr. 52, die meent dat bij de gemeenschap van de mandelige zaak wél sprake is van de aard van de gemeenschap die verdeling in de weg staat.

³³⁸ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 606.

³³⁹ Schoordijk 1983, p. 126.

ke verhouding tussen de deelgenoten in de weg staat aan de vordering tot verdeling, kan worden gedacht aan roerende zaken die bestemd zijn tot het gemeenschappelijk nut van twee of meer erven.³⁴⁰

306. Voor de goede orde zij opgemerkt dat de aard van de gemeenschap als bedoeld in art. 3:178 lid 1 BW niet in de weg staat aan een vordering tot verdeling door een privéschuldeiser op de voet van art. 3:180 lid 1 BW. In art. 3:180 lid 1 BW wordt slechts art. 3:178 lid 3 BW van toepassing verklaard en niet art. 3:178 lid 1 BW. Dat de aard van de gemeenschap niet aan vordering tot verdeling door de privéschuldeiser in de weg staat, is voor de privéschuldeiser van groot belang. Immers, zou de aard van de gemeenschap wél aan zijn de vordering tot verdeling in de weg staan, dan zou hij zich slechts door verhaal op het aandeel van zijn deelgenoot-schuldenaar kunnen verhalen. Dit is een weinig aantrekkelijk verhaalsobject waarvoor in de praktijk niet de reële waarde kan worden gerealiseerd.³⁴¹

3.3 *Contractuele uitsluiting vordering tot verdeling*

307. Art. 3:178 lid 5 BW staat toe dat de deelgenoten, en anderen die de bevoegdheid hebben de verdeling te vorderen, overeenkomen dat de vordering tot verdeling voor een maximum van vijf jaren zal zijn uitgesloten. In de memorie van antwoord wordt vermeld dat het niet noodzakelijk is dat ‘allen wier medewerking vereist is, de overeenkomst sluiten (...)’.³⁴² Hiermee wordt kennelijk bedoeld dat de overeenkomst niet hoeft te worden gesloten door alle partijen die aan een verdeling zouden moeten meewerken te weten de deelgenoten, de beperkt gerechtigden (art. 3:177 lid 2 BW) en de schuldeisers die een bevel tot verdeling hebben verkregen (art. 3:180 lid 2 BW). De overeenkomst kan ook worden gesloten door bijvoorbeeld twee van de drie deelgenoten. Hierin ligt besloten dat de contracterende partijen niet de derden binden die op dat moment het recht hadden verdeling van de gemeenschap te vorderen.

308. De overeenkomst waarbij de verdeling wordt uitgesloten, heeft wel een zekere mate van derdenwerking. Aangezien art. 3:178 lid 5 BW de regeling van derdenwerking van de gebruik- en beheersovereenkomst (art. 3:168 lid 4 BW) van toepassing verklaart, bindt een overeenkomst waarbij de vordering tot ver-

³⁴⁰ Vgl. het lid 4 van art. 3:178 zoals dat door Meijers was voorgesteld en de toelichting daarop; zie TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 604-605. Vgl. ook Van der Grinten 1960, p. 151-152, die terecht opmerkt dat in een dergelijk geval het aandeel in het goed alleen mag worden vervreemd tegelijk met het goed waaraan het gemeenschappelijke goed dienstbaar is. Onder de huidige wettekst zou dit voortvloeien uit de aanhef van art. 3:175 lid 1 BW. De rechtsbetrekking tussen de deelgenoten staat aan vervreemding van het aandeel in de gemeenschap in de weg.

³⁴¹ Vgl. nr. 309-311.

³⁴² MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 607.

deling wordt uitgesloten, ook de rechtsverkrijgers van de deelgenoten. Dit heeft ook gevolgen voor de beperkt gerechtigden op een aandeel in de gemeenschap. Voor zover zij hun positie verkrijgen ná de overeenkomst, zijn ook zij aan de overeenkomst gebonden.³⁴³ Zij zijn dan immers te beschouwen als rechtsverkrijgers van de deelgenoten,³⁴⁴ uiteraard alleen voor zover zij hun recht verkrijgen van een contracterende deelgenoot.

309. Ook voor de schuldeiser van een deelgenoot die zijn vordering verkreeg ná de overeenkomst, wordt derdenwerking van deze overeenkomst aangenomen. Van Mourik verdedigt voor het huidige recht dat deze schuldeiser niet van zijn recht ex art. 3:180 BW gebruik kan maken. Hij heeft hiervoor twee argumenten die hij ontleent aan het proefschrift van Kleijn.³⁴⁵ Ten eerste is Van Mourik in navolging van Kleijn van mening dat het minder aanvaardbaar is om de overeenkomst wél te laten werken tegen rechtsverkrijgers onder bijzondere titel van de deelgenoten, maar niet tegen crediteuren. Kleijn baseert dit standpunt op de gedachte dat de schuldeisers hun recht om verdeling te vorderen ontleenen aan de deelgenoten en de aanname dat de actio pauliana een voldoende middel voor latere schuldeisers is om zich tegen de nadelige gevolgen van de overeenkomst te verzetten.

310. Ik volg Van Mourik niet in zijn opvatting. Mijns inziens ontleent de privé-schuldeiser zijn recht om verdeling te vorderen niet aan zijn deelgenoot-schuldenaar, maar vloeit dat recht voort uit het algemene verhaalsrecht van de schuldeiser (art. 3:276 BW).³⁴⁶ Het verhaalsrecht van de schuldeiser wordt nader uitgewerkt ingeval het vermogen dat aan verhaal blootstaat, deel uitmaakt van een gemeenschap. Ten eerste preciseert art. 3:175 lid 3 BW het verhaalsrecht van art. 3:276 BW in die zin dat alleen het aandeel van de deelgenoot-schuldeiser aan verhaal blootstaat. Ten tweede wordt het verhaalsrecht van art. 3:276 BW uitgebreid met de bevoegdheid om verdeling te vorderen (art. 3:180 BW). De deelgenoten kunnen beide bevoegdheden net zo min uitsluiten als zij het algemene verhaalsrecht van de schuldeiser op de voet van art. 3:276 BW kunnen uitsluiten.³⁴⁷ Dit blijkt ook uit de wet. Op grond van art.

³⁴³ Van Mourik 2006a, nr. 53, Wammes 1988, p. 171 en Perrick 1986, nr. 86.

³⁴⁴ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 583.

³⁴⁵ Van Mourik 2006a, nr. 52, die zijn argumenten ontleent aan Kleijn 1969, p. 232. Vgl. Van Hemel 1998, p. 334-335 die stelt dat de kwestie onduidelijk is.

³⁴⁶ Executie wordt niet gezien als het gebruik maken van andermans recht. Vgl. de discussie over de vraag of de hypotheekhouder die het verhypothekerde goed executeert zijn verkooprecht aan de hypotheekgever ontleent, of dat sprake is van executie; zie Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003, nr. 298.

³⁴⁷ Dat het verhaalsrecht van art. 3:276 BW niet kan worden uitgesloten blijkt ook uit het feit dat een beding als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW de schuldeiser niet belemmert in zijn bevoegdheid zich op de vordering te verhalen; zie TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 314 en

3:175 lid 1 BW geldt de hoofdregel dat de deelgenoten over hun aandeel in een gemeenschappelijk goed kunnen beschikken. Deze hoofdregel geldt niet voor zover dat uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten voortvloeit. Uit art. 3:175 lid 3 BW blijkt dat de rechtsverhouding tussen de deelgenoten niet in de weg staat aan verhaal op het aandeel van de deelgenoot-schuldenaar door zijn privéschuldeisers.³⁴⁸ Evenmin wordt het recht van de privéschuldeiser om verdeling te vorderen doorkruist door een overeenkomst waarbij de deelgenoten de vordering tot verdeling hebben uitgesloten. De werking van een dergelijke overeenkomst wordt geregeld in art. 3:178 lid 5 BW. Deze bepaling wordt, anders dan art. 3:178 lid 3 BW, niet van toepassing verklaard in art. 3:180 BW.

311. Ook het argument dat de privéschuldeiser een beroep kan doen op de actio pauliana, en zich zodoende adequaat kan verweren tegen overeenkomst waarbij de vordering tot verdeling is uitgesloten, overtuigt mij niet. Het argument komt mij te gekunsteld over. Een overeenkomst die een toekomstige privéschuldeiser de bevoegdheid zou ontnemen de gemeenschap te verdelen, benadeelt per definitie deze privéschuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden. De deelgenoten horen zich hiervan bewust te zijn. Een beroep op de actio pauliana zal dus per definitie slagen. De eis dat de schuldeiser die zijn vordering na de overeenkomst verkreeg eerst een beroep op de pauliana moet doen voordat hij verdeling vordert, verwordt dan tot een louter formele stap.

3.4 *Rechterlijke uitsluiting van de vordering tot verdeling*

312. Als geen rechtsverhouding tussen de deelgenoten bestaat die verdeling in de weg staat, dan kan de verdeling van de gemeenschap in beginsel te allen tijde worden gevorderd. Deze verdeling zou de belangen van één of meer deelgenoten echter bijzonder zwaar kunnen raken. In het derde lid van art. 3:178 BW wordt daarom de rechter de bevoegdheid gegeven de vordering tot verdeling telkens voor ten hoogste drie jaren uit te sluiten. Deze bepaling geldt niet alleen voor een verdeling die door een andere deelgenoot of een beperkt gerechtigde op een aandeel in een gemeenschappelijk goed wordt gevorderd, maar ook voor de verdeling die door een schuldeiser wordt gevorderd (art. 3:180 lid 1 slot BW).³⁴⁹

3.4.1 *Wanneer kan de vordering tot verdeling worden uitgesloten?*

313. De bevoegdheid van de rechter om de verdeling uit te sluiten bestaat indien:

MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 161 en Beekhoven van den Boezem 2003, p. 119 e.v.

³⁴⁸ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 599.

³⁴⁹ NvW1 Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1293.

‘de door een onmiddellijke verdeling getroffen belangen van een of meer deelgenoten aanmerkelijk groter zijn dan de belangen die door de verdeling worden gediend (...).’

Met deze formulering wordt aansluiting gezocht bij het criterium voor misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW), zij het dat het gekozen criterium lichter is dan het criterium voor misbruik van bevoegdheid. Art. 3:178 lid 3 BW eist slechts dat de getroffen belangen aanmerkelijk groter zijn dan de belangen die door de verdeling worden gediend. Het artikel stelt niet de eis dat men in verband met deze onevenredigheid niet naar redelijkheid tot uitoefening van de bevoegdheid tot het vorderen van verdeling kon komen.³⁵⁰

314. Wanneer is er nu van een dergelijk onevenredigheid sprake? Schoordijk geeft enkele voorbeelden van gevallen waarbij hij van mening is dat de rechter de verdeling kan uitsluiten. In zijn eerste voorbeeld wordt verdeling gevorderd van een auteursrecht waarvan niet duidelijk is of het werk waarop dit auteursrecht betrekking heeft, in de toekomst nog zal worden bewerkt of verkocht. Het tweede voorbeeld betreft een beleggingspand dat werd verhuurd, maar waarvan de verhuurder heeft opgezegd. Een van de deelgenoten heeft voldoende liquide middelen om de ander uit te kopen. Op het moment waarop verdeling wordt gevorderd, is de marktwaarde van alle panden sterk gedaald. In het derde voorbeeld wordt verdeling van een stuk grond gevorderd, dat thans een agrarische bestemming heeft, maar waarop mogelijkwijze in de toekomst stadsuitbreiding zal worden toegestaan, waardoor de grond sterk in waarde zal stijgen.³⁵¹

315. Ik ben van mening dat in al deze gevallen de verdeling niet zou moeten worden uitgesloten. In het eerste en derde voorbeeld is het probleem gelegen in het feit dat het moeilijk is een waarde aan het goed toe te kennen, omdat toekomstige ontwikkelingen onzeker zijn. Ook goederen waarvan de waarde onderhevig is aan onzekere toekomstige factoren, hebben over het algemeen een marktprijs. Op deze grond hoeft dus de verdeling niet te worden afgewezen.

316. Verdeling moet ook niet worden uitgesloten als een deelgenoot meent dat het goed in de toekomst meer waard zal zijn en een ander deelgenoot niet. In een dergelijk geval zal de wil om de gemeenschap te verdelen zijn ingegeven door speculatieve motieven. Zou de verdeling worden uitgesloten, dan zou dit betekenen dat de deelgenoot die meent dat de marktprijs van het gemeenschappelijke goed in de toekomst zal dalen, zou worden gedwongen toe te zien hoe dit zich verwezenlijkt. Het ligt veeleer voor de hand om in een dergelijk geval de verdeling juist toe te staan. De deelgenoot die meent dat het goed in de toekomst in waarde zal dalen, zal er geen bezwaar tegen hebben om te worden uitgekocht,

³⁵⁰ Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 605.

³⁵¹ Schoordijk 1983, p. 127.

terwijl de deelgenoot die meent dat het goed in waarde zal stijgen er geen bezwaar tegen zal hebben de ander uit te kopen. Mocht de deelgenoot die meent dat het goed in de toekomst in waarde zal stijgen, niet in staat zijn de ander uit te kopen, dan kan hij altijd nog zijn deel van de opbrengst in een vergelijkbaar goed investeren. Aangezien het goed kennelijk als beleggingsobject dient, moet het mogelijk zijn een vergelijkbaar goed te vinden. Immers, ieder goed dat in de ogen van de beleggende deelgenoot een vergelijkbaar prijs/risicoprofiel heeft, kan als vergelijkbaar goed worden aangemerkt.

317. Een probleem ontstaat pas als de deelgenoten er beiden van overtuigd zijn dat het goed in de toekomst meer waard zal zijn. Dit brengt mij bij het tweede voorbeeld van Schoordijk. In beginsel zou ik menen dat, als beide deelgenoten menen dat een goed in de toekomst meer waard zou zijn en het goed alleen als beleggingsobject dient, de vordering tot verdeling zou kunnen worden afgewezen. Dit hangt af van het antwoord op de vraag of de kosten van herbelegging voor de deelgenoot die wordt uitgekocht zo groot zijn dat zij niet in verhouding staan tot het belang dat bij de verdeling is gediend. Het is echter mogelijk dat er bijkomende omstandigheden zijn die een verdeling alsnog rechtvaardigen. In het voorbeeld van Schoordijk heeft de huurder de huur opgezegd. Dit betekent dat de marktwaarde van het pand aanzienlijk stijgt. Wordt het pand niet verdeeld, dan moet het weer worden verhuurd met als gevolg dat de waardestijging wordt teniet gedaan. In een dergelijk geval lijkt verdeling mij juist opportuun.

318. Ik ben van mening dat uitsluiting van de vordering tot verdeling wel mogelijk is als verdeling een eventuele bedrijfsoverneming bemoeilijkt of als de goederen voor één van de deelgenoten een bijzondere (affectieve) waarde vertegenwoordigen, terwijl die deelgenoot op dat moment onvoldoende financiële middelen heeft om de goederen door de verdeling te verwerven.

3.4.2 *Rechtsgevolg van de uitsluiting*

319. Maakt de rechter van zijn bevoegdheid tot uitsluiting van de verdeling gebruik, dan sluit hij enkel de *vordering* tot verdeling uit. Ook hier geldt weer de regel dat de deelgenoten wél in onderling overleg tot verdeling kunnen komen.³⁵²

3.4.3 *Derdenwerking?*

320. Het is de vraag welk rechtsgevolg de uitsluiting van de vordering tot verdeling voor rechtsverkrijgers onder bijzondere titel heeft. Voor zover de deelgenoten zelf besluiten de verdeling uit te sluiten, geldt deze overeenkomst

³⁵² MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 607.

ook voor hun rechtsverkrijgers (3:178 lid 5 jo. art. 3:168 lid 4 BW). Het ligt voor de hand dat het oordeel van een rechter dat gedurende een bepaalde periode geen verdeling kan worden gevorderd ook voor hun rechtsverkrijgers geldt. Dit sluit aan bij het feit dat ook een op de voet van art. 3:168 lid 2 BW door de kantonrechter ingestelde beheersregeling voor rechtsverkrijgers onder bijzondere titel van de deelgenoten geldt.³⁵³ Dit neemt niet weg dat het feit dat een deelgenoot is opgevolgd door een derde, wel een onvoorziene omstandigheid kan zijn, die alsnog verdeling van de gemeenschap mogelijk maakt.

3.4.4 *Positie beperkt gerechtigde*

321. Merkwaardig is dat dit afweermiddel tegen een verdelingsvordering alleen aan de deelgenoten wordt toegekend. Een beperkt gerechtigde op een aandeel en een schuldeiser kunnen geen beroep doen op art. 3:178 lid 3 BW. Wat betreft de schuldeiser van een bijzondere gemeenschap behoeft dit niet op grote bezwaren te sluiten. Hij kan vereffening van de gemeenschap vorderen, dan wel zich tegen de verdeling verzetten (art. 3:193 BW). Voor de schuldeiser van een deelgenoot in een eenvoudige gemeenschap is er niet veel aanleiding om zich tegen verdeling te verzetten. Voor de beperkt gerechtigde op een aandeel in de gemeenschap ligt dit anders. Deze zal zijn recht verliezen als goederen waarin het aandeel met zijn beperkt recht is bezwaard, aan een andere deelgenoot worden toegedeeld dan de deelgenoot aan wie hij zijn beperkt recht ontleent (art. 3:177 lid 1 BW). Dat de beperkt gerechtigde zich op basis van art. 3:13 BW kan verzetten tegen een verdelingsvordering, spreekt voor zich. Ik zou echter menen dat het lichtere criterium van art. 3:178 lid 3 BW ook voor de beperkt gerechtigde geldt. Het komt mij voor dat de wetgever eenvoudig is vergeten de beperkt gerechtigde toe te voegen aan art. 3:178 lid 3 BW, zoals dat wél is gedaan bij art. 3:178 lid 5 BW.

3.4.5 *Processuele aspecten*

322. Tot slot nog enige processuele aspecten. Wil de rechter de vordering tot verdeling uitsluiten, dan moet een deelgenoot een beroep op deze mogelijkheid doen. De rechter mag de vordering tot verdeling niet ambtshalve uitsluiten, omdat hij van oordeel is dat de verdeling de belangen van een der partijen onevenredig zou schaden. Dit drukt de wet uit met de woorden ‘op verlangen van een deelgenoot’.

323. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om de vordering tot verdeling toe te wijzen, hoewel tussen de belangen van de deelgenoten een onevenredigheid bestaat.³⁵⁴ Art. 3:178 lid 3 BW bepaalt immers dat de rechter een

³⁵³ MvT, Parl. Gesch. Boek 3, p. 582.

³⁵⁴ Van Mourik 2006a, nr. 52 onder b.

vordering tot verdeling ‘kan’ uitsluiten. Zo lijkt het mij bijvoorbeeld mogelijk dat de rechter de vordering tot verdeling toch toewijst als de relatie tussen de deelgenoten zo ernstig is verslechterd, dat voorzienbaar is dat het afwijzen van de vordering tot verdeling van de gemeenschap tot meer procedures tussen de deelgenoten zou leiden of het gemeenschappelijke goed niet meer economisch efficiënt wordt ingezet. In zulke gevallen kan de rechter het algemeen belang laten prevaleren. De rechter moet de vordering tot verdeling echter toewijzen, als de onevenredigheid tussen de bij de verdeling gediende belangen en de belangen die zich daartegen verzetten, zo groot wordt dat degene die verdeling vordert, misbruik maakt van zijn recht in de zin van art. 3:13 BW.

3.5 *Redelijkheid en billijkheid verzetten zich tegen de verdeling*

324. De rechtsbetrekking tussen de deelgenoten wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid (art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 BW). Als hoofdregel geldt dat de deelgenoten te allen tijde verdeling van de gemeenschap kunnen vorderen. Deze regel is onderworpen aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit betekent dat onder omstandigheden de deelgenoten geen verdeling van de gemeenschap kunnen vorderen. Dit is het geval als het in de gegeven omstandigheden uit het oogpunt van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat verdeling wordt gevorderd.³⁵⁵

325. Het feit dat de deelgenoten zich met een beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid tegen de vordering tot verdeling kunnen verweren, betekent dat zij in de praktijk weinig behoefte hebben aan art. 3:178 lid 3 BW.³⁵⁶ Volgens Wammes zou aan dit artikel nog wel enig belang toekomen als een schuldeiser op basis van art. 3:180 BW verdeling vordert. Ik neem aan dat Wammes hier doelt op het beroep van een deelgenoot-niet-schuldenaar op art. 3:178 lid 3 BW. Tussen een deelgenoot en zijn schuldeiser zelf geldt immers de redelijkheid en de billijkheid van art. 6:2 of 248 BW. Tussen een beperkt gerechtigde op een aandeel en de deelgenoot aan wie deze beperkt gerechtigde zijn recht ontleent, zullen ook de redelijkheid en de billijkheid gelden.³⁵⁷

³⁵⁵ Ik benadruk dat de Hoge Raad voor de toepassing van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid onvoldoende acht het feit dat toepassing van een rechtsregel in een voorkomend geval in strijd zou zijn met de redelijkheid en de billijkheid. Noodzakelijk is dat deze strijd toepassing van de rechtsregel *onaanvaardbaar* maakt; zie bijv. HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (*GTI Zwolle/Zürich Versicherungsgesellschaft*).

³⁵⁶ Vgl. Van der Grinten 1960, p. 150, noot 1, die het geval noemt waarin een bedrag onverdeeld moet worden gelaten en moet worden gereserveerd voor de betaling van een schuld die nog niet kan worden betaald, Van Mourik 2006a, nr. 52 onder b en Wammes 1988, p. 182.

³⁵⁷ Vgl. HR 26 januari 1979, *NJ* 1979, 452, m.nt. W.M. Kleijn (*Van de Waal/s-Gravenhage*), waaruit blijkt dat de redelijkheid en billijkheid ook gelden tussen een erfpachter en de blooteigenaar.

Ten aanzien van een andere deelgenoot zal de beperkt gerechtigde in beginsel op art. 3:178 lid 3 BW zijn aangewezen.

4 Verdeling door tussenkomst van de rechter

326. In deze paragraaf behandel ik de mogelijkheden die de bij de verdeling betrokken partijen hebben om tot een verdeling te komen en deze verdeling goederenrechtelijk te effectueren. Het is mogelijk om in de beëindiging van een gemeenschap drie fasen te onderscheiden. Allereerst is er de fase waarin de gemeenschap weliswaar vatbaar is voor verdeling, maar waarin de deelgenoten nog niet in onderhandeling zijn getreden om tot een verdeling te komen. In deze fase zijn de partijen die bij de verdeling zijn betrokken, verplicht om op verlan-gen van een andere partij in onderhandeling te treden. Door het begin van deze onderhandeling gaat de verdeling de tweede fase in. In deze tweede fase zijn de deelgenoten verplicht overeenkomstig de beginselen van redelijkheid en billijk-heid te onderhandelen en zo tot een verdeling te komen. Door de overeenkomst van verdeling komt de beëindiging van de gemeenschap in de laatste fase. In de-zee laatste fase zijn de deelgenoten verplicht uitvoering te geven aan de overeen-komst van toedeling door deze goederenrechtelijk te effectueren.

327. De wet voorziet in een stelsel dat het mogelijk maakt om de verplichtin-gen die de deelgenoten in elke fase hebben, reëel te executeren. In deze para-graaf zal ik de middelen om de verplichtingen van de deelgenoten reëel te exe-cuteren bespreken. Het begin van de onderhandeling kan worden afgedwongen door de vordering tot verdeling (art. 3:178/180 BW) in te stellen (4.1). De na-koming van de verplichting tot daadwerkelijk onderhandelen, kan worden afge-dwongen door het optreden van een onzijdig persoon (art. 3:181 BW) (4.2). De nakoming van de verplichting om tot overeenstemming te komen kan worden afgedwongen door inschakeling van de rechter op de voet van art. 3:185 BW (4.3). Deze opdeling in fasen van de verdeling moet overigens niet zo worden begrepen dat de partijen, indien problemen worden verwacht, desondanks ver-plicht zouden zijn alle fasen afzonderlijk te doorlopen. Indien noodzakelijk kan door een combinatie van deze vorderingen direct worden doorgepakt.

328. In het vervolg van deze paragraaf kom ik te spreken over het verweer dat tegen deze vorderingen mogelijk is (4.4) en behandel ik de vraag hoe een rechterlijke verdelingsuitspraak goederenrechtelijk moet worden geëffectueerd (4.5). Daarnaast behandel ik de meer procesrechtelijke aspecten van de hier ge-noemde maatregelen. Ik behandel achtereenvolgens de vragen welke procesgang moet worden gevolgd (4.6), welke rechter bevoegd is (4.7) en of arbitrage en bindend advies mogelijk zijn (4.8). Tot slot kom ik op de vraag of de hier be-handelde vorderingen ook in kort geding kunnen worden ingesteld (4.9).

4.1 *Verdeling vorderen (bevel tot verdeling)*

329. De wet kent in art. 3:178 en 180 BW de mogelijkheid om verdeling van de gemeenschap te vorderen. Dit roept een aantal vragen op. Ten eerste: wat houdt deze vordering in (4.1.1)? Ten tweede: wie kan deze vordering instellen (4.1.2)? Ten derde: tegen wie kan en moet deze vordering worden ingesteld (4.1.3)? En tot slot: wat is het gevolg van toewijzing van deze vordering (4.1.4)?

4.1.1 *Wat houdt de vordering in?*

330. De eerste vraag is wat het inhoudt om verdeling van de gemeenschap te vorderen. In paragraaf 2.3.4 heb ik beschreven wat verdeling inhoudt. Kort gezegd komt het erop neer dat de deelgenoten een overeenkomst sluiten, waarin zij overeenkomen welke goederen aan welke deelgenoot worden toegedeeld, welke deelgenoot welke schulden zal dragen en welke deelgenoot een vordering uit overbedeling op de andere deelgenoten krijgt. De overeenkomst komt tot stand door onderhandelingen tussen de deelgenoten. Deze verdeling behoeft naast de medewerking van de deelgenoten onder omstandigheden ook de medewerking van andere partijen.³⁵⁸ De vordering tot verdeling van de gemeenschap houdt in dat de deelgenoten of andere partijen die aan de verdeling moeten meewerken, door de rechter worden verplicht mee te werken aan de onderhandelingen die tot een verdeling moeten leiden. De vordering kan alleen worden afgewezen op grond van één van de gronden die zijn behandeld in paragraaf 3. De uitspraak waarin de rechter de vordering toewijst, wordt wel ‘bevel tot verdeling’ genoemd.

4.1.2 *Wie kunnen verdeling van de gemeenschap vorderen?*

331. De vordering kan door eenieder worden ingesteld die een recht heeft om verdeling van de gemeenschap te vorderen, te weten de deelgenoten, de beperkt gerechtigden op een aandeel en de schuldeisers van een deelgenoot.³⁵⁹

4.1.3 *Tegen wie wordt de vordering tot verdeling ingesteld?*

332. De vordering tot verdeling kan tegen eenieder worden ingesteld wiens medewerking aan de verdeling noodzakelijk is. Dit wil echter niet zeggen dat de vordering tegen al deze personen tegelijk moet worden ingesteld. Het is voldoende om de vordering tegen de weigerachtige partijen in te stellen.³⁶⁰ Met an-

³⁵⁸ Zie nr. 291-294.

³⁵⁹ Zie nr. 289.

³⁶⁰ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 300-301. Zie ook: Rb. Haarlem 23 maart 2005, *LJN* AT1748. Zie onder het oude recht HR 28 juni 1946, *NJ* 1946, 547, m.nt. D.J. Veegens (*Landman/Landman*), uit welk arrest blijkt dat men in zo’n geval wel in die zin beperkt is ten aanzien van welke vorderingen men tezamen de vordering tot verdeling instelt. Het kan zijn dat één van deze andere vorderingen wél tegen alle deelgenoten tege-

dere woorden: een beroep op de *exceptio plurium litis consortium* moet worden afgewezen.³⁶¹

4.1.4 Wat is het gevolg van toewijzing van de vordering?

333. Het gevolg van toewijzing van een vordering tot verdeling van de gemeenschap is dat de eiser en de veroordeelde partijen worden verplicht met elkaar te onderhandelen over de verdeling van de gemeenschap. Deze onderhandelingen vinden plaats ten overstaan van een notaris. Als de partijen het niet eens zijn over de keuze van deze notaris benoemt de rechter deze (art. 677 Rv). De notaris wordt op de hoogte gesteld van deze benoeming doordat de griffier van het gerecht dat de benoeming deed, hem een expeditie van de uitspraak toestuur.³⁶²

334. De notaris begint zijn poging de deelgenoten tot een verdeling te brengen door de partijen op te roepen voor hem te verschijnen (art. 677 Rv). Er bestaan dan drie mogelijkheden. Ten eerste kan het zijn dat alle partijen verschijnen en na onderhandeling tot een verdeling komen. In dat geval is er geen probleem. Het is ook mogelijk dat één of meer partijen weigeren te verschijnen of anderszins weigeren mee te werken aan de onderhandelingen. In dat geval ligt het optreden van een onzijdig persoon voor de hand (4.2). Het kan ook zo zijn dat de partijen weliswaar verschijnen en onderhandelen, maar dat desondanks geen overeenstemming wordt bereikt. In dat geval kan de meest gereede partij zich tot de rechter wenden met een vordering ex art. 3:185 BW (4.3).

Vervanging van de notaris

335. Het kan noodzakelijk blijken de notaris te vervangen. In het algemeen is dit niet het geval als een notaris met pensioen gaat. Het dictum van een uitspraak waarbij een boedelnotaris wordt benoemd, luidt immers in de regel: 'Benoemt notaris mr. X te Y, althans zijn opvolger of plaatsvervanger, tot boedelnotaris.' Vervanging kan wel door andere omstandigheden nodig worden. Een voorbeeld hiervan is het geval waarin de boedelnotaris onvoldoende voortvarend te werk gaat. Hoewel de wet dit niet regelt, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechter die de notaris heeft benoemd, ook bevoegd is de notaris te vervangen. Deze

lijk moet worden ingesteld. Dit is van belang voor het geval dat naast de vordering tot verdeling van de gemeenschap ook een vordering ex art. 3:185 BW wordt ingesteld. Deze vordering betreft immers wél een processueel ondeelbare rechtsverhouding; zie nr. 397.

³⁶¹ Zie voor een nadere uitwerking van dit verweer nr. 158-159.

³⁶² Mocht de vordering tot verdeling niet door of tegen alle partijen die moeten meewerken aan de verdeling, zijn ingesteld, dan kan dit een praktisch probleem opleveren. In dat geval weet de notaris immers niet dat hij meer partijen moet oproepen. Het is overigens maar de vraag of de notaris daartoe wel verplicht is en of deze partijen wel verplicht zouden zijn om te verschijnen als zij door hem worden opgeroepen.

vervanging moet bij verzoekschrift worden verzocht, ongeacht of de benoeming van de notaris heeft plaatsgevonden in een vonnis of arrest, of in een beschikking.³⁶³

4.2 *Onzijdig persoon*

336. Het gevolg van een bevel tot verdeling is dat de deelgenoten worden verplicht ten overstaan van een notaris te onderhandelen omtrent een verdelingsovereenkomst. De verplichting tot onderhandelen kan reëel worden geëxecuteerd door de benoeming van een onzijdig persoon. De onzijdige persoon treedt dan op als vertegenwoordiger van de onwillige partij. Hierbij behartigt hij de belangen van de onwillige partij naar eigen beste inzicht. De onzijdige persoon lijkt daarmee op de dwangvertegenwoordiger van art. 3:300 BW. In deze paragraaf behandel ik achtereenvolgens de wijze waarop een onzijdig persoon wordt benoemd (4.2.1), het optreden van deze onzijdige persoon, de voorwaarden waaronder hij kan optreden (4.2.2), de toetsing van dit optreden (4.2.3) en de goederenrechtelijke effectuering van een verdeling waarbij een onzijdig persoon is opgetreden (4.2.4).

4.2.1 *Benoeming onzijdig persoon*

337. De benoeming van de onzijdige persoon kan op twee manieren worden bewerkstelligd. Ten eerste kan de benoeming bij de vordering tot verdeling van de gemeenschap worden meegevorderd met de vordering om een bevel tot verdeling te verkrijgen. Is al een bevel tot verdeling gegeven en blijkt een partij niet mee te werken, dan kan de benoeming worden verzocht.³⁶⁴

338. Uit het feit dat de benoeming van een onzijdig persoon al mogelijk is voordat de partijen met elkaar (ten overstaan van de notaris) in onderhandeling zijn getreden, valt af te leiden dat het niet meewerken van een partij aan de ver-

³⁶³ HR 26 februari 1959, *NJ* 1959, 271 (*Witkam/Witkam*), HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 365 (*Boedelnotaris mr. P*). Hierbij moet worden aangetekend dat de Hoge Raad deze beschikking wees onder vigeur van het vóór 1 januari 2002 gegolden hebbende procesrecht. De Hoge Raad beroept zich op art. 429b, aanhef en onder b, (oud) Rv. Dit artikel bepaalde voor zover hier van belang: ‘dat met een verzoekschrift moeten worden ingeleid: (...) zaken niet strekkende tot bepaling van een rechtsbetrekking tussen partijen in geschil indien uit de wet niet voortvloeit hoe zij moeten worden ingeleid.’ Deze grond om een procedure met een verzoekschrift in te leiden is in art. 261 Rv niet met zoveel woorden teruggekeerd. In de memorie van toelichting wordt overwogen dat het zgn. materiële criterium van art. 429b, aanhef en onder b, Rv (oud) in de praktijk nooit een rol heeft gespeeld. Kennelijk vergeet de minister hier de bovengenoemde beschikking. De minister vervolgt echter met de opmerking dat het criterium uit art. 261 lid 2 Rv in feite het materiële criterium omvat; zie MvT, Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht, p. 434. Ik zou dus menen dat ook onder het recht na 1 januari 2002 vervanging van de boedelnotaris moet worden verzocht.

³⁶⁴ En niet gevorderd, zie Hof Amsterdam 7 mei 1974, *NJ* 1976, 8.

deling zich nog niet hoeft te hebben verwezenlijkt. Onder het oude recht heeft de Hoge Raad dan ook geoordeeld dat een onzijdig persoon al kon worden benoemd, indien is gebleken dat *gevaar bestaat* voor het weigerachtig zijn of nalatig blijven van een partij.³⁶⁵ Onder het huidige recht bepaalt art. 677 lid 2 Rv dat op verlangen van elk der partijen het vonnis (waarin verdeling van de gemeenschap wordt bevolen) tevens de benoeming van een onzijdig persoon kan inhouden. Uit de imperatieve manier van formuleren zou kunnen worden afgeleid dat thans het verlangen van partijen volstaat. In de toelichting op art. 677 Rv wordt echter opgemerkt dat de partijen alleen om benoeming kunnen vragen als de houding van de deelgenoot voor wie de onzijdige persoon zal optreden, daartoe aanleiding geeft.³⁶⁶

4.2.2 Optreden onzijdig persoon

Formele eisen voor het ontstaan van de bevoegdheid van de onzijdige persoon

339. De benoeming van een onzijdig persoon is een constitutieve uitspraak. Een dergelijke uitspraak krijgt pas werking als deze uitspraak in kracht van gewijsde gaat,³⁶⁷ of de rechter de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad verklaart.³⁶⁸ Daarnaast is het optreden van de onzijdige persoon een vorm van executie. Voordat tot executie kan worden overgegaan, is noodzakelijk dat de uitspraak op de voet van art. 430 lid 3 Rv wordt betekend.³⁶⁹ Blijft dit achterwege, dan is de executie nietig.³⁷⁰ De nietigheid kan in een executiekortgeding worden geheeld (art. 438 lid 2 Rv).³⁷¹

Materiële eisen voor het ontstaan van de bevoegdheid van de onzijdige persoon

340. Als een onzijdig persoon is benoemd, wil dit niet zeggen dat hij ook direct bevoegd is op te treden. Hiervoor is noodzakelijk dat de partij voor wie hij optreedt, daadwerkelijk niet meewerkt (art. 3:181 BW). Wanneer is nu van een dergelijk niet meewerken sprake? Is dit alleen het geval als de partij niet bij de

³⁶⁵ HR 13 maart 1942, *NJ* 1942, 395 (*Nalatenschap Terwindt*). Onder het oude recht bepaalde art. 1117 BW (oud) als grond voor de benoeming en het optreden van de onzijdige persoon weigeren of nalatig zijn aan de boedelscheiding mee te werken.

³⁶⁶ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 301.

³⁶⁷ De uitspraak is immers constitutief, en een constitutieve uitspraak werkt pas vanaf het moment waarop deze in kracht van gewijsde gaat. Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 161 en HR 2 december 1949, *NJ* 1950, 20, HR 21 april 1967, *NJ* 1967, 278 en HR 20 januari 1995, *NJ* 1995, 413, m.nt. H.E. Ras (*Smokehouse/Culimer*).

³⁶⁸ Vgl. HR 20 januari 1995, *NJ* 1995, 413, m.nt. H.E. Ras (*Smokehouse/Culimer*).

³⁶⁹ Vgl. Van Mierlo 2004a, art. 430, aant. 7, 'Het artikel geldt voor iedere vorm van executie: tot verhaal of tot reële prestatie, direct of indirect.'

³⁷⁰ HR 9 maart 1939, *NJ* 1939, 1012, m.nt. P. Scholten (*Fesevur/Numan*) en MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 88.

³⁷¹ Van Mierlo 2004a, art. 430, aant. 7.

notaris komt opdagen, of ook als hij wel komt opdagen, maar hij anderszins niet meewerkt aan de onderhandelingen? Zo kan het bijvoorbeeld zo zijn dat een partij alle voorstellen van de hand wijst, of dat hij tijdens de onderhandelingen geen stom woord zegt.

341. De beantwoording van deze vraag is te vinden in de norm volgens welke de onzijdige persoon moet optreden. Volgens art. 3:181 lid 1 BW moet hij de belangen van de partij voor wie hij optreedt, naar eigen beste weten behartigen. Het vervangen van een partij biedt dus geen soelaas zolang deze in zijn eigen belang handelt. Van niet meewerken is dus geen sprake als de partijen geen overeenstemming kunnen bereiken als gevolg van te ver uiteenliggende belangen. Van niet meewerken is wél sprake als de partij gedrag vertoont waardoor geen (zinnige) onderhandelingen kunnen worden gevoerd. De reden van een dergelijk niet meewerken is niet relevant. Dit valt af te leiden uit de memorie van antwoord. Hierin wordt opgemerkt dat een onzijdig persoon ook bij overmacht kan optreden.³⁷² Dit is een bijzonder praktische regel. Dit betekent namelijk dat de notaris, althans in duidelijke gevallen, in een proces-verbaal kan vaststellen dat de partij niet meewerkt.³⁷³ Dit proces-verbaal heeft dwingende bewijskracht bij de toetsing van het optreden van de onzijdige persoon bij de kantonrechter.

Wanneer moet een partij uiterlijk meewerken? Verlies van de bevoegdheid van de onzijdige persoon?

342. Een andere vraag is wanneer de onwillige deelgenoot moet meewerken, wil hij ervoor zorgen dat hij niet kan worden vertegenwoordigd door de onzijdige persoon. Onder het oude recht werd geleerd dat de onwillige deelgenoot de onzijdige persoon niet meer terzijde kon schuiven, nadat deze aan zijn taak was begonnen.³⁷⁴ Onder het nieuwe recht zou dit anders zijn.³⁷⁵ Dit wordt afgeleid uit de memorie van antwoord bij art. 3:181 BW, waarin wordt opgemerkt:

‘Veelal zal het aan de vertegenwoordigde zelf te wijten zijn dat hij niet in persoon medewerkt. En door alsnog tijdig zelf te compareren kan hij de reeds genoemde onzijdige persoon terzijde schuiven.’³⁷⁶

³⁷² MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 610.

³⁷³ Meijers 1935, p. 33, Van der Ploeg 1959, p. 21, Kleijn 1969, p. 253-254, Van der Ploeg 1988, nr. 401, anders Perrick 2007, nr. 92. Vgl. ook Meijer 2004, p. 104, die aanneemt dat de notaris het niet-meewerken van de weigerachtige deelgenoot in een proces-verbaal constateerd, maar zich niet uitlaat over de vraag wat de bewijskracht van deze akte is.

³⁷⁴ Zie de vindplaatsen in Perrick 1996, nr. 416.

³⁷⁵ Perrick 2007, nr. 92.

³⁷⁶ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 611.

Uit dit citaat wordt afgeleid dat de onwillige partij de onzijdige persoon terzijde kan schuiven door ‘zijn leven te beteren’. Deze opvatting wordt als onwenselijk ervaren.³⁷⁷

343. Ik ben van mening dat dit citaat wordt misverstaan. Het citaat moet mijns inziens worden gelezen in samenhang met twee andere opmerkingen uit dezelfde memorie van antwoord. Allereerst wordt opgemerkt dat:

‘[d]e aanhef van het eerste lid van artikel 3.7.1.10³⁷⁸ is gewijzigd in “Voor het geval dat”, omdat degene voor wie de rechter een onzijdige persoon heeft benoemd, nog bevoegd is tijdig zelf voor de notaris te verschijnen om aan de verdeling mede te werken.’³⁷⁹

Deze opmerking wordt gevolgt door de opmerking dat:

‘door de nieuwe redactie wordt duidelijker aangegeven dat de vertegenwoordigde zelf zijn medezeggenschap heeft verloren, zolang de onzijdige persoon namens hem aan de verdeling deelneemt.’³⁸⁰

344. Het verlies van ‘medezeggenschap’ verhoudt zich niet met de mogelijkheid om de onzijdige persoon terzijde te schuiven door alsnog zelf te compareren. De verwarring is mijns inziens te verklaren door de opmerking waarin wordt uitgelegd waarop art. 3:181 BW begint met de woorden ‘voor het geval dat’. De gedachte is dat de rechter die een bevel tot verdeling geeft, tegelijkertijd een onzijdig persoon benoemt. Op dat moment is nog niet duidelijk of de partij voor wie deze onzijdige persoon wordt benoemd al dan niet aan de verdeling zal meewerken. Dit wordt duidelijk op de door de notaris op de voet van art. 677 lid 3 Rv te bepalen dag. Op die dag moeten alle deelgenoten verschijnen. Deelgenoten die op die dag niet verschijnen, worden door de voor hen benoemde onzijdige partij vervangen. Vanaf dat moment kan een onzijdig persoon niet langer terzijde worden geschoven door de partij die hij heeft vervangen.

4.2.3 *Toetsing optreden onzijdige persoon*

345. Als door tussenkomst van de onzijdige persoon een verdelingsovereenkomst wordt gesloten, dan moet deze worden vastgelegd in een notariële akte en worden goedgekeurd door de kantonrechter (art. 3:183 lid 2 BW). De onzijdige persoon is immers geen door de onwillige deelgenoot aangewezen vertegenwoordiger in de zin van art. 3:183 lid 1 BW.³⁸¹ Op deze wijze wordt het optreden van de onzijdige persoon getoetst. Dit roept twee vragen op. Ten eerste: wat

³⁷⁷ Van Mourik 2006a, nr. 59 en Meijer 2004, p. 104-105 en Perrick 2007, nr. 92.

³⁷⁸ Thans art. 3:181 BW, MLT.

³⁷⁹ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 610.

³⁸⁰ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 611.

³⁸¹ Zie voetnoot 249.

is de norm waaraan het optreden van de onzijdige persoon moet worden getoetst, en ten tweede: wat is het gevolg van deze toetsing voor de verdeling?

346. De norm waaraan het optreden van de onzijdige persoon moet worden getoetst, is tweeledig.³⁸² Ten eerste moet worden getoetst of de onzijdige persoon wel bevoegd was op te treden. Ten tweede moet worden getoetst of de onzijdige persoon zich wel voldoende de belangen van de partij voor wie hij optrad, heeft aangetrokken. Deze laatste norm is in feite geen andere norm dan de toetsing van het optreden van bijvoorbeeld een ouder die zijn of haar kind bij de verdeling heeft vertegenwoordigd. De vraag of de onzijdige partij wel bevoegd was op te treden, moet worden beantwoord met inachtneming van hetgeen in de vorige paragraaf is betoogd.

347. Het is de vraag wat het gevolg is van de toetsing van het optreden van de onzijdige persoon die plaatsvindt op de voet van art. 3:183 BW en of deze toetsing een exclusief karakter heeft. Met andere woorden: kan de onwillige deelgenoot in een andere procedure de vraag aan de orde stellen of de onzijdige persoon mocht optreden? Dit is vooral van belang als een goed dat als gevolg van een verdeling door één van de deelgenoten wordt verkregen, later wordt vervreemd aan een derde. Als de onwillige deelgenoot dan in een procedure tegen deze derde kan aanvoeren dat de onzijdige persoon onbevoegd was voor hem op te treden, dan kan hij op deze grond in elk geval zijn aandeel in het goed opeisen.

348. Mijns inziens heeft het oordeel van de kantonrechter op de voet van art. 3:183 BW exclusieve werking en kan de bevoegdheid van een onzijdig persoon niet meer in een latere procedure aan de orde worden gesteld. Deze mening baseer ik op het leerstuk van het gezag van gewijsde (art. 236 Rv). Het oordeel van de kantonrechter dat de onzijdige persoon terecht is opgetreden, heeft in een ander geschil tussen dezelfde partijen bindende kracht. Onder dezelfde partijen vallen ingevolge art. 236 lid 2 Rv ook rechtsverkrijgers onder bijzondere titel. Het feit dat het optreden van een onzijdig persoon in een verzoekschriftprocedure wordt behandeld en art. 236 Rv van een vonnis spreekt, staat niet aan het aannemen van gezag van gewijsde in de weg.³⁸³

4.2.4 Goederenrechtelijke effectuering

349. Als bij de verdeling een onzijdig persoon optreedt, is de goederenrechtelijke effectuering van de verdeling in beginsel geen probleem meer. De onzijdige persoon kan de partij voor wie hij optreedt, ook bij de levering ex art.

³⁸² Dit is af te leiden uit: Hof Arnhem 28 oktober 2003, *LJN* AO4521. Zie voor de cassatiezaak HR 3 juni 2005, *NJ* 2007, 88 (*Onzijdige persoon mr. Ubbink*).

³⁸³ HR 30 oktober 1998, *NJ* 1999, 83 (*Van Gasteren/Beemster*).

3:186 BW vertegenwoordigen. Dit betekent dat hij goederen kan leveren en – zo nodig – in ontvangst kan nemen. Tot de afgifte van de goederen aan de onwillige deelgenoot, is de onzijdige persoon verplicht over deze goederen het bewind te voeren (art. 3:181 lid 2 jo. art. 1:410 BW).

4.3 *De beslechting van verdelingsgeschillen (art. 3:185 BW)*

350. Zelfs als de deelgenoten, al dan niet vertegenwoordigd door een onzijdig persoon, ten overstaan van de notaris onderhandelen over de verdeling van een gemeenschap, dan nog zullen zij niet altijd tot een overeenkomst van verdeling kunnen komen. De oorzaak hiervan kan in een scala van geschillen liggen. Onder het oude recht werden deze geschillen wel ‘zwarigheden’ genoemd. Als voorbeelden kunnen worden genoemd:

1. de vraag of een goed tot de gemeenschap behoort;
2. de vraag of een gemeenschap vatbaar is voor verdeling;
3. de vraag hoe en tegen welke datum een goed moet worden gewaardeerd;
4. de vraag of gemeenschapsgoederen moeten worden verkocht en de opbrengst tussen de deelgenoten moet worden verdeeld dan wel deze goederen zelf juist moeten worden verdeeld.

De genoemde voorbeelden hebben allemaal het karakter van een voorvraag. Zolang partijen over deze voorvragen niet tot overeenstemming komen, is geen verdeling mogelijk. De verdeling kan ook worden bemoeilijkt doordat de partijen eenvoudigweg niet tot overeenstemming kunnen komen over de inhoud van de eigenlijke verdelingsovereenkomst.

351. Art. 3:185 BW geeft de rechter de bevoegdheid om aan al deze geschillen een einde te maken. Van de hierboven genoemde voorvragen noemt art. 3:185 BW alleen de voorvraag die ik onder nummer 4 heb genoemd. Voor het overige bepaalt art. 3:185 BW dat de rechter de bevoegdheid heeft zelf de verdeling vast te stellen; dit wil zeggen dat hij de inhoud van de verdelingsovereenkomst vaststelt. Het feit dat de rechter hiertoe de bevoegdheid heeft, impliceert dat hij ook eventuele voorvragen kan beantwoorden.

352. In deze paragraaf behandel ik het optreden van de rechter in het kader van art. 3:185 BW. Ik behandel allereerst een drietal verdelingsgeschillen, namelijk de waardering van een goed (4.3.1), de wijze waarop een goed moet worden verdeeld (4.3.2) en de vraag naar de inhoud van de verdelingsovereenkomst (4.3.3). Aangezien deze laatste twee geschillen worden beslecht door toepassing van een bijzondere norm, behandel ik deze norm en de toepassing daarvan (4.3.4). Vervolgens besteed ik aandacht aan twee meer procesrechtelijke punten,

te weten het subsidiaire karakter van een vordering ex art. 3:185 BW (4.3.7) en de noodzaak om alle betrokken partijen bij de vordering te betrekken (4.3.8).

4.3.1 *Waarderingsgeschillen*

353. Een belangrijke kwestie die de verdeling in de weg kan staan, is de vraag hoe de goederen moeten worden gewaardeerd. Komen de deelgenoten hierover niet tot overeenstemming, dan is een verdeling van een gemeenschap waarin zich waardevolle goederen bevinden, vrijwel uitgesloten. De waarderingsproblematiek valt in twee vragen uiteen. Welk moment moet als peildatum voor de waardering worden aangenomen en tegen welke waarde moeten de goederen worden verdeeld?

De peildatum

354. Goederen hebben niet op elk moment dezelfde waarde. Als een goed wordt gewaardeerd, moet de vraag worden beantwoord tegen welke datum dit gebeurt. Dit is de zogenoemde *peildatumproblematiek*. De peildatumproblematiek komt in twee gedaanten voor. In de eerste gedaante hebben partijen de gemeenschap zelf (deels) verdeeld en ontstaan hierover later moeilijkheden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als een deelgenoot de verdeling wil vernietigen met een beroep op art. 3:196 BW (benadeling voor meer dan een vierde). In dat geval moet de rechter vaststellen welke peildatum partijen zijn overeengekomen en, wanneer zij die niet zijn overeengekomen, vaststellen welke datum op basis van de redelijkheid en billijkheid moet gelden. In de tweede variant slagen de deelgenoten er zelf niet in tot een verdeling te komen, althans bereiken zij geen overeenstemming over de peildatum. Dit geschil kan op basis van art. 3:185 BW aan de rechter worden voorgelegd. Het is dan de vraag welke peildatum moet gelden.

Peildatumproblematiek, eerste variant

355. Als hoofdregel geldt hier dat de partijen elke datum als peildatum kunnen aanwijzen.³⁸⁴ Of de partijen een peildatum zijn overeengekomen, en zo ja: welke, moet de rechter door uitleg vaststellen.³⁸⁵ Zijn de partijen geen peildatum overeengekomen, dat moet de rechter de overeenkomst van verdeling door middel van redelijkheid en billijkheid aanvullen. In dat geval komt volgens vaste rechtspraak de datum van verdeling het meest in aanmerking.³⁸⁶ Het kan echter zo zijn dat uit de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval een andere datum voortvloeit. Dat de datum van verdeling het meest in aanmerking komt, lijkt

³⁸⁴ Zie bijv. Meijer 2004, p. 93.

³⁸⁵ Zie voor een geval waarin uitleg van de verdeling noodzakelijk was: HR 6 oktober 2000, *NJ* 2001, 147.

³⁸⁶ Zie bijv. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 660.

mij een juiste regel. Verdeling heeft veel weg van een ruil. Wil de voor ruil noodzakelijke wilsovereenstemming ontstaan, dan moeten beide partijen van mening zijn dat de te ruilen goederen van gelijke waarde zijn.

Peildatumproblematiek, tweede variant

356. Het kan ook voorkomen dat partijen over de verdeling geen overeenstemming bereiken en de rechter de verdeling dient vast te stellen. De rechter dient hierbij de goederen te waarderen en er zo op toe te zien dat beide partijen in economische zin hun deel van de gemeenschap ontvangen. Ook hier geldt als hoofdregel dat de partijen een peildatum kunnen overeenkomen. Doen zij dat niet, dan stelt de rechter zelf een peildatum vast. Stelt de rechter de verdeling zelf vast, dan komt de datum van zijn uitspraak het meest in aanmerking als peildatum.³⁸⁷ Dit is logisch; de uitspraak van de rechter vervangt de wilsovereenstemming van partijen. Beslecht de rechter enkel voorvragen en verwijst hij daarna partijen naar een notaris om – met inachtneming van zijn uitspraak – tot een verdeling te komen, dan geldt de datum waarop zij deze overeenstemming bereiken als peildatum, tenzij zij alsnog door onderling overleg tot een andere peildatum komen.

357. Een en ander wordt moeilijker als tegen de uitspraak een rechtsmiddel wordt ingesteld. Stel bijvoorbeeld dat tussen A en B een gemeenschap bestaat. In een geschil ex art. 3:185 BW stelt de rechtbank de verdeling vast en waardeert de goederen op de dag van de uitspraak. Vervolgens gaat B in hoger beroep. Het hof kan in een dergelijk geval de uitspraak van de rechtbank zonder meer bevestigen, de uitspraak onder verbetering van gronden bevestigen of de uitspraak vernietigen en een nieuwe uitspraak doen. Is het hof in deze gevallen gehouden de goederen opnieuw te waarderen?

358. Een dergelijk geval deed zich voor in het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 1999.³⁸⁸ Dit geval betrof een ontbonden huwelijksgemeenschap. De man en de vrouw konden geen overeenstemming bereiken over de toedeling van de echtelijke woning. De rechtbank deelde de woning op 16 augustus 1995 toe aan de vrouw tegen een waarde van f 425.000. De man ging in hoger beroep en vorderde primair toedeling van de woning aan zichzelf, subsidiair stelde hij zich op het standpunt dat de woning ondertussen in waarde was gestegen tot f 560.000 en dat een eventuele toedeling aan de vrouw tegen die waarde moest geschieden. Het hof bevestigde het vonnis van de rechtbank en deelde de woning toe tegen de waarde van f 425.000. De Hoge Raad casceerde dit arrest. De Hoge Raad overwoog dat het hof had geoordeeld dat de door de man gestelde waardestijging niet onaannemelijk is, maar dat de man in redelijkheid niet kan

³⁸⁷ Zie bijv. HR 17 april 1998, NJ 1999, 550, m.nt. W.M. Kleijn (J.v.Z./G.v.Z.).

³⁸⁸ HR 12 februari 1999, NJ 1999, 551 (R.C.R./M.L.J.K.).

verlangen dat de toedeling aan de vrouw geschiedt op basis van f 550.000. De Hoge Raad oordeelde over dit standpunt van het hof:

‘Uit 's Hof's hiervoor weergegeven overwegingen volgt dat het Hof de waarde die aan het huis, in verband met de toedeling ervan aan de vrouw, moet worden toegekend niet zelf heeft vastgesteld, maar is uitgegaan van de waarde die de Rechtbank eraan heeft toegekend in haar vonnis van 16 maart 1994, zulks terwijl het Hof met zoveel woorden aannemelijk heeft geacht dat die waarde inmiddels zal zijn gestegen. Dit leidt tot de gevolgtrekking dat het Hof is uitgegaan van een waarde van het huis die niet zal overeenstemmen met de waarde ervan ten tijde van de verdeling. Door aldus te oordelen, heeft het Hof hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordeel niet naar de eis der wet van een motivering voorzien. Van een onjuiste rechtsopvatting heeft het Hof blijk gegeven indien het mocht hebben geoordeeld dat bij de verdeling van een tot een gemeenschap behorend goed moet worden uitgegaan van de waarde ervan op een ander tijdstip dan dat van de verdeling. In dat geval heeft het miskend dat bij de verdeling van een tot een gemeenschap behorend goed moet worden uitgegaan van de waarde daarvan ten tijde van de verdeling, tenzij uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hiervan wordt afgeweken. Mocht het Hof hebben geoordeeld dat in het onderhavige geval uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat van een andere waarde moet worden uitgegaan, dan heeft het zijn motiveringsplicht verzaakt door niet de gronden te vermelden die het tot dit oordeel hebben geleid. Daarbij moet worden opgemerkt dat de enkele omstandigheid dat de man heeft bepleit dat het huis aan hem moet worden toegedeeld tegen inbreng van f 425 000, laatstbedoeld oordeel in ieder geval niet kan dragen.’

Uit dit oordeel kan worden afgeleid dat, indien hoger beroep wordt ingesteld, de waarde die het goed op dat moment heeft bepalend is, zelfs als het hof de uitspraak van de rechtbank overneemt. Wel is het hiervoor noodzakelijk dat in hoger beroep de verdeling zoals die door de rechter is vastgesteld nog wordt betwist.³⁸⁹ Dit volgt uit het grievenstelsel in appel. Wordt tegen de uitspraak van het hof cassatie ingesteld en bevestigt de Hoge Raad de uitspraak van het hof dan is er geen ruimte meer voor een nieuwe waardering. De Hoge Raad is immers geen feitenrechter.³⁹⁰ Heeft de Hoge Raad de uitspraak van het hof vernietigd, dan kan de waardering na verwijzing alleen in aanmerking komen voor zover de taak van de rechter naar wie wordt verwezen dit toelaat.

De waardering zelf

359. Is eenmaal bekend tegen welke datum een goed moet worden gewaardeerd, dan is de vraag tegen welke waarde het goed moet worden gewaardeerd en hoe tot deze waardebepaling moet worden gekomen. Onder het oude recht bevatte art. 1123 BW (oud) regels over de waardering van de gemeenschapsgoederen ten behoeve van de verdeling. Dit artikel ging ervan uit dat deze waar-

³⁸⁹ HR 24 oktober 2003, *JOL* 2003, 533 en HR 23 november 2007, *NJ* 2007, 624.

³⁹⁰ Anders: Meijer 2004, p. 119, die meent dat ook in cassatie de regel moet gelden dat de datum van de laatste uitspraak als peildatum moet gelden.

dering geschiedde door één of meer deskundigen. Het huidige recht schrijft de waardering door een deskundige niet meer dwingend voor. Onder omstandigheden kan nog wel de waardering van roerende zaken door een deskundige worden afgedwongen door een boedelbeschrijving te verlangen op basis van art. 3:194 lid 1 BW en/of art. 672 jo. art. 660 lid 1, aanhef en onder 1 en 3, Rv. Mochten de deelgenoten besluiten tot waardering van een gemeenschapsgoed door een deskundige, maar kunnen zij over de persoon van deze deskundige geen overeenstemming bereiken, dan kunnen zij de kantonrechter vragen deze deskundige te benoemen (art. 679 lid 1 Rv). Als met betrekking tot de verdeling een procedure aanhangig is, dan kan de rechter ook ambtshalve waardering van gemeenschapsgoederen bevelen (art. 679 lid 1 Rv).³⁹¹

Waardering en toedeling

360. Uiteraard geldt als hoofdregel dat partijen vrij zijn een goed tegen elke waarde te waarderen. Zij zijn hierbij alleen gebonden aan de grenzen van art. 3:196 BW. Mocht de verdeling resulteren in een benadeling van een partij met meer dan een vierde, dan is de verdeling op grond van dwaling vernietigbaar. Art. 3:196 BW is echter geen dwingend recht. Partijen kunnen een beroep hierop uitsluiten door de toedeling te eigen bate of schade te aanvaarden (art. 3:196 lid 4 BW).

361. Komen partijen niet tot overeenstemming, dan geldt als uitgangspunt dat een goed wordt gewaardeerd op de waarde die het goed in het economische verkeer heeft.³⁹² Dit is de waarde die een goed of meerdere goederen zou of zouden opbrengen bij een daadwerkelijke verkoop aan een derde. De waardering van een goed kan blijkens de rechtspraak en literatuur echter niet los worden gezien van de toedeling van dat goed. Vóór de invoering van het huidige wetboek was al in de rechtspraak aanvaard dat bij de waardering van de goederen op alle relevante omstandigheden moest worden gelet. Dit leidde tot de toedeling tegen een hogere waarde.³⁹³ In de toelichting op art. 3:185 BW zoekt de minister aansluiting bij deze gedachtegang en vermeldt hij dat de rechter een goed voor een ho-

³⁹¹ Strikt genomen bepaalt art. 679 lid 2 Rv niet dat de rechter de waardering kan bevelen, maar alleen dat de rechter een deskundige benoemt. De memorie van toelichting bij dit artikel gaat er terecht van uit dat de rechter ook kan beslissen de goederen te laten waarderen; zie MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 303.

³⁹² HR 19 mei 2000, NJ 2000, 441 (*Waardering aandelen*). Zie ook Maeijer 1995, nr. 339.

³⁹³ HR 23 december 1965, NJ 1967, 44 (*Hendriksen/Maatkamp*). Dit betrof wel een bijzonder geval. Het ging om de verdeling van een agrarisch bedrijf, waarbij de waarde van de landbouwgrond toen nog werd bepaald door de grondkamer.

gere waarde aan een deelgenoot kan toedelen.³⁹⁴ In de literatuur wordt ook aangenomen dat de rechter een goed voor een lagere waarde kan toedelen.³⁹⁵

362. Als voorbeeld van een toedeling tegen een hogere waarde dan de waarde in het economische verkeer kan het arrest Hendriksen/Maatkamp³⁹⁶ dienen. Aan dit arrest lag de verdeling van een boerderij ten grondslag. De deelgenoten waren van oordeel dat deze boerderij moest worden toegedeeld aan één van hen. Er bestond echter onenigheid over de vraag tegen welke waarde dit moest geschieden. Zou de boerderij worden vervreemd, dan zou, ingevolge de toen nog geldende wet op de vervreemding van landbouwgronden, de prijs waartegen dit gebeurde, onder controle staan van de grondkamer. Het hof oordeelde daarom dat de boerderij moest worden gewaardeerd tegen de maximumprijs waarop de grondkamer voor een aan haar goedkeuring onderworpen overdracht aan derden die overdracht naar de destijds geldende normen toestond. De Hoge Raad caseerde deze uitspraak. De Hoge Raad was van oordeel dat nu de wet op de vervreemding van landbouwgronden niet op een verdeling van toepassing was, deze maximumprijs niet doorslaggevend was. Volgens de Hoge Raad komen als waarderingsfactoren in aanmerking:

‘alle factoren die de waarde van de toescheiding van dat land aan een der deelgenoten voor deze bepalen, waarbij behalve aan hetgeen op het waarderingsstijdstip bij overdracht van dat land aan derden zou kunnen en mogen worden bedongen, moet worden gedacht aan hetgeen te dien aanzien voor de toekomst kon worden verwacht, terwijl ook de waarde die voor de deelgenoot aan wie het land wordt toegescheiden, voort zou vloeien uit het gebruik dat daarvan kon worden gemaakt (...).’

Toepassing van deze maatstaf zal doorgaans tot een hogere waardering leiden.

363. Deze hogere waardering is betrekkelijk eenvoudig te rechtvaardigen. Als een goed voor een deelgenoot een hogere waarde heeft dan de waarde in het economische verkeer en dit goed aan hem wordt toegedeeld, dan ontvangt hij in feite een meevaller. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan het gerechtvaardigd zijn om de andere deelgenoten hierin mee te laten delen door het goed voor een hogere waarde toe te delen. Of dit gerechtvaardigd is, zal onder andere afhangen van de rechtsverhouding tussen de deelgenoten. Deze waardering vertoont verwantschap met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, zij het dat hier niet noodzakelijkerwijze sprake is van een verarming aan de zijde van de overige deelgenoten. Ik zou deze mogelijkheid wel willen beperken tot het geval waarin de meerwaarde die een goed voor een deelgenoot heeft, van economische aard is.

³⁹⁴ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 619.

³⁹⁵ Van Mourik 2006a, nr. 60 en Perrick 2007, nr. 100.

³⁹⁶ HR 23 december 1965, NJ 1967, 44 (*Hendriksen/Maatkamp*).

364. Toedeling tegen een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer wordt in de literatuur ook mogelijk geacht en lijkt zich ook in de rechtspraak te hebben voorgedaan.³⁹⁷ Ik vraag mij af of toedeling tegen een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer wel gerechtvaardigd is. Dit leidt namelijk tot een verrijking aan de zijde van de verkrijgende deelgenoot en een verarming aan de zijde van de overige deelgenoten. Bovendien wordt gebroken met het beginsel dat een gemeenschap in gelijke delen wordt verdeeld.³⁹⁸ Zowel voor de verarming en de daarmee gepaard gaande verrijking, als voor de inbreuk op dit beginsel moet een rechtvaardiging worden gevonden. Ik vraag mij af of deze rechtvaardiging wel in de redelijkheid en billijkheid kan worden gevonden. Ik zou op zijn minst aannemen dat het hier moet gaan om de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Dit betekent dat toedeling van een goed tegen een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer alleen mogelijk is, als in de gegeven omstandigheden toedeling van het goed tegen de waarde in het economische verkeer *onaanvaardbaar* is. Dit betekent dat de rechter een zware motiveringsplicht heeft. Verder vraag ik mij af of deze wijze van verdeling wel de toets van art. 1 P1 EVRM kan doorstaan.

4.3.2 *Gelasten van de wijze van verdeling*

365. Onder het oude recht bepaalde art. 1125 BW (oud) dat een gemeenschap werd verdeeld door het maken van kavels. Konden de deelgenoten het er niet over eens worden aan wie van hen welke kavel moest worden toegedeeld, dan werd er geloot. Dit systeem was weinig bevredigend³⁹⁹ en het is dan ook niet verwonderlijk dat met de invoering van art. 3:185 BW met dit systeem is gebroken.⁴⁰⁰ Dit artikel verleent de rechter de bevoegdheid de wijze van verdeling te gelasten. Lid 2 noemt als mogelijke wijzen van verdeling:

- a. toedeling van een gedeelte van het goed aan ieder der deelgenoten;
- b. overbedeling van één of meer deelgenoten tegen vergoeding van de overwaarde; en

³⁹⁷ Vgl. HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 653, m.nt. W.M. Kleijn. Of in dit arrest daadwerkelijk een goed voor een lagere waarde werd gewaardeerd is maar de vraag. De Hoge Raad oordeelde in casu dat het bedrijf zo moest worden gewaardeerd dat voortzetting nog juist rendabel is. Mij lijkt dat dit in beginsel ook de hoogste prijs is waarvoor een derde dit bedrijf zou willen overnemen.

³⁹⁸ HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593, m.nt. E.A.A. Luijten, *Ars Aequi* 1991, 679, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en A.J.M. Nuytinck (*Vermoorde bruid*) en HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524, *Ars Aequi* 2004, 36, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*Zweedse bruid*).

³⁹⁹ Vgl. Wiersma in zijn noot onder HR 6 oktober 1967, *NJ* 1969, 12, m.nt. K. Wiersma (*Gilles de Pelichy*).

⁴⁰⁰ Zie ook al HR 28 juni 1963, *NJ* 1963, 507 (*Adiudicatio*).

- c. verdeling van de netto-opbrengst van het goed of een gedeelte daarvan, nadat dit op een door de rechter bepaalde wijze zal zijn verkocht.

Gelast de rechter de wijze van verdeling, dan beslist hij uitsluitend welke van deze methoden voor de verdeling moet worden gekozen. Hij bepaalt niet aan welke deelgenoot een goed moet worden toegedeeld. Deze keuze moeten de deelgenoten nog in onderling overleg maken. Hieronder ga ik kort in op de in aanmerking komende wijzen van verdeling en behandel ik de vraag of art. 3:185 BW een limitatieve opsomming van verdelingswijzen inhoudt.

Ad a. Toedeling van een gedeelte van het goed aan ieder van de deelgenoten

366. Bij deze wijze van verdeling wordt of worden aan ieder van de deelgenoten één of meerdere goederen toegedeeld. Het artikel gaat uit van het geval dat de gemeenschap maar uit één goed bestaat.⁴⁰¹ In dat geval is toedeling van een gedeelte van het goed alleen mogelijk als het goed deelbaar is. Bestaat de gemeenschap uit meerdere goederen, dan kunnen ook meerdere goederen aan een deelgenoot worden toegedeeld.

Ad b. Overbedeling van één of meer deelgenoten tegen vergoeding van de overwaarde

367. Vaak is het niet mogelijk of niet wenselijk om een gemeenschap te verdelen door aan ieder der deelgenoten goederen toe te delen. Dit is bijvoorbeeld het geval als de gemeenschap slechts uit enkele goederen bestaat, die niet in gelijke kavels kunnen worden opgesplitst, of als de gemeenschap bestaat uit een bedrijf. In dat geval ligt het meer voor de hand om alle goederen toe te delen aan één deelgenoot onder de verplichting de overwaarde te vergoeden.

368. Deze wijze van verdeling kan ook tegen de zin van de deelgenoot die wordt overbedeeld, worden bevolen. Aanvankelijk was de minister van oordeel dat dit niet zou moeten kunnen: toen was bepaald dat overbedeling onder vergoeding van de overwaarde slechts mogelijk was als de deelgenoot die zou worden overbedeeld, daartoe bereid zou zijn. Later is de wetgever van dit standpunt teruggekomen. Ten tijde van de Invoeringswet is de beperking dat de deelgenoot die wordt overbedeeld, daartoe bereid moet zijn, geschrapt met de mededeling dat:

‘in sommige gevallen de rechter een overbedelingsvordering moet kunnen opleggen om tot een aanvaardbare verdeling te kunnen komen.’⁴⁰²

⁴⁰¹ Kleijn 1973, p. 183.

⁴⁰² NvW 1 Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1297.

Op dit voorschrift had de Hoge Raad in 1984 al geanticipeerd. De Hoge Raad overwoog toen wel dat bij deze wijze van verdeling behoedzaamheid moet worden betracht.⁴⁰³

369. Het kan zo zijn dat de deelgenoot die wordt overbedeeld, niet in staat is de vordering in één keer te voldoen. Art. 3:185 lid 3 BW bepaalt dat de deelgenoot deze vordering geheel of gedeeltelijk in termijnen mag voldoen. De rechter kan bepalen dat hiervoor zekerheid moet worden gesteld.

Ad c. Verdeling van de netto-opbrengst van het goed of een gedeelte daarvan, nadat dit op een door de rechter bepaalde wijze zal zijn verkocht

370. Soms is verkoop van een of meer gemeenschappelijke goederen en de verdeling van de netto-opbrengst een gepaste wijze van verdeling. Dit is bijvoorbeeld het geval als geen van de deelgenoten prijs stelt op het goed of als een splitsing van de goederen zou leiden tot een waardedaling, terwijl de deelgenoten niet in staat of bereid zijn om de overbedelingsvordering te voldoen.

Limitatief?

371. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de opsomming van art. 3:185 lid 2 BW al dan niet limitatief is.⁴⁰⁴ Aanvankelijk is deze opsomming zeker limitatief bedoeld. Dit is af te leiden uit de volgende opmerking van de minister in de memorie van antwoord:

‘In de nieuwe redactie van artikel 14,⁴⁰⁵ eerste lid is voorts tot uitdrukking gebracht dat de omgrenzing in de leden 2 en 3 van de mogelijke wijzen van verdeling alleen geldt, voor zover men niet tot overeenstemming kan komen. Bij onderlinge overeenstemming staat b.v. overbedeling zonder vergoeding der overwaarde (of tegen een prestatie in natura) vrij.’

Met andere woorden: in de opvatting van de minister behelst art. 3:185 BW een beperking van de mogelijkheden die de rechter heeft als hij de wijze van verdeling van de gemeenschap gelast, en zijn de deelgenoten niet aan deze beperkingen gebonden als zij in onderling tot een verdeling kwamen.

⁴⁰³ HR 1 juni 1984, *NJ* 1985, 351, m.nt. W.M. Kleijn.

⁴⁰⁴ Limitatief: Schoordijk 1983, p. 144, Kleijn 1973, p. 183 en Perrick 1996, nr. 458, die zich hierbij op Mellema-Kranenburg beroept. Deze laatste is echter van inzicht gewijzigd.

Niet limitatief: Van Mourik 2006a, nr. 60, die erop wijst dat een opsomming in het Burgerlijk Wetboek in de regel niet limitatief is, tenzij de bepaling dat zelf aangeeft; vgl. Hartkamp 1999, nr. 32, Meijer 2004, p. 107 en Mellema-Kranenburg 2004, art. 3:185, aant. 3. Thans is ook Perrick van mening dat art. 3:185 BW een enumeratieve opsomming bevat; zie Perrick 2007, nr. 119.

⁴⁰⁵ Thans art. 3:185 BW, MLT.

372. Mij lijkt dat art. 3:185 lid 2 BW desondanks niet als limitatief moet worden opgevat. De minister beargumenteert zijn stelling dat de opsomming van lid 2 limitatief zou zijn, enkel met een verwijzing naar een verdeling waarbij een deelgenoot wordt overbedeeld zonder dat hij deze overwaarde vergoedt. Het lijkt mij juist dat de rechter deze wijze van verdeling niet mag opleggen. Deze wijze van verdeling komt neer op een onteigening van één van de deelgenoten. Uit het feit dat de rechter de deelgenoten niet mag onteigenen, volgt niet dat de rechter ook geen verdeling mag opleggen, waarbij de deelgenoten wél in economische zin een gelijkwaardig deel ontvangen.

373. Als voorbeeld van een dergelijk verdeling kunnen worden genoemd een door de rechter voorgeschreven loting⁴⁰⁶ en de toedeling van een beperkt recht aan de ene deelgenoot tegen toedeling van de bloot eigendom aan de andere deelgenoot,⁴⁰⁷ eventueel in combinatie met een vordering uit overbedeling. Mits op deze wijze de deelgenoten in economische zin een gelijk deel van de gemeenschap ontvangen, zie ik hiertegen geen bezwaar. Als beperkt recht komt vruchtgebruik het meest in aanmerking. Deze wijze van verdeling kan een op-

⁴⁰⁶ Van Mourik 2006a, nr. 60.

⁴⁰⁷ Dit voorbeeld wordt genoemd door Van der Ploeg 1988, nr. 246. Van der Ploeg wijst in dit verband op D 7.1.6.1, waar wordt vermeld dat het vruchtgebruik zowel krachtens de verdeling der nalatenschap als krachtens de verdeling van een gemeenschap kan worden gevestigd, wanneer de rechter aan de een de eigendom aan de ander het vruchtgebruik heeft toegewezen. (*Constitutur adhuc fructus et in iudicio familiae erciscundae et communi dividundo, si iudex alii proprietatum, adiudicaverit, alii usum fructum.*)

Perrick 2007, nr. 113, voert tegen deze verdeling aan dat de wetgever in 1838 met deze Romeinsrechtelijke leer heeft gebroken. Hij schrijft dat men het als onbillijk heeft beschouwd aan de ene partij goederen toe te delen, welke aan haar erfgenamen overgaan, en aan de andere partij slechts een vruchtgebruik te gunnen, hetwelk door de dood van de vruchtgebruiker ophoudt. Hij schrijft dat het niet aan zou gaan buiten de wil van de erfgenaam zijn aandeel in de goederen der nalatenschap voor het geheel of ten dele om te zetten in een vruchtgebruik van goederen der nalatenschap.

M.i. is het niet zo dat deze onbillijkheid is gelegen in de wijze van verdeling. De onbillijkheid is gelegen in de waarde van hetgeen ieder van de deelgenoten krijgt toegedeeld. De waarde van het vruchtgebruik en de waarde van het bloot eigendom wordt bepaald door de levensverwachting van de vruchtgebruiker. Het is dus net zo goed mogelijk dat de verdeling onbillijk uitpakt ten opzichte van de blooteigenaar, die pas van de vol eigendom kan genieten na het overlijden van de vruchtgebruiker. Een eventuele onbillijkheid ten opzichte van de vruchtgebruiker of de blooteigenaar kan echter op eenvoudige wijze worden opgeheven door een overbedelingsvordering aan een van hen.

Of deze wijze van verdeling ook mogelijk is op basis van een ouderlijke boedelverdeling, is de vraag. Rb. Zutphen 15 augustus 2007, *LJN* BB5746, oordeelde afwijzend, waarover Huijgen 2007, p. 94-96. Zelf zie ik het bepaalde in art. 3:196 BW als het voornaamste probleem. Aangezien de levensverwachting van de blooteigenaar en de vruchtgebruiker op het moment van het maken van de uiterste wilsbeschikking nog onzeker is, kan zich gemakkelijk de situatie voordoen dat op het moment van overlijden hetzij de vruchtgebruiker hetzij de blooteigenaar met meer dan een vierde blijkt te zijn benadeeld. Dit maakt de ouderlijke boedelverdeling vernietigbaar.

lossing bieden als uit de verhouding tussen de deelgenoten voortvloeit dat één van hen de goederen moet kunnen blijven gebruiken, maar deze deelgenoot over onvoldoende middelen beschikt om de overwaarde te vergoeden. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin een stel ongehuwd samenwoont. Als deze personen samen een huis hebben gekocht en geleverd hebben gekregen, dan is dit huis tussen hen gemeenschappelijk. Dit betekent dat, bij gebreke van een uiterste wil, dit huis na het overlijden van een van hen gemeenschappelijk is tussen de erfgenamen van de overleden partner enerzijds en de langstlevende partner anderzijds. Dit zou ertoe leiden dat de erfgenamen verdeling kunnen vorderen.⁴⁰⁸ In dat geval ligt toedeling van het huis aan de langstlevende partner sterk voor de hand. Het probleem hierbij kan zijn dat deze partner niet in staat is de overwaarde te vergoeden. In een dergelijk geval zou de rechter kunnen bepalen dat de overbedelingsvordering pas opeisbaar wordt bij het overlijden van de langstlevende partner.⁴⁰⁹ Hij zou echter ook kunnen bepalen dat aan de langstlevende partner slechts het vruchtgebruik wordt toegedeeld en de erfgenamen verplicht zijn aan hem de overwaarde te vergoeden.

4.3.3 Vaststelling van de verdeling

374. Hierboven heb ik behandeld dat een gemeenschap op meerdere manieren kan worden verdeeld. Staat eenmaal vast hoe een goed moet worden verdeeld, dan staat de overeenkomst van verdeling nog niet vast. Neem het voorbeeld van de verdeling van een nalatenschap. Het is denkbaar dat de rechter gelast dat een aantal goederen die voor de erfgenamen een affectieve waarde hebben, tussen de erfgenamen op de wijze van art. 3:185 lid 2, en onder a, BW moeten worden verdeeld. Hiermee staat nog niet vast wie van de erfgenamen welk goed moet ontvangen.⁴¹⁰ Komen de erfgenamen hierover niet tot overeenstemming, dan kan de rechter de verdeling vaststellen. Zoals ik in paragraaf 2.3.4 al heb behandeld, begrijp ik onder de verdeling de overeenkomst waarbij alle deelgenoten gezamenlijk regelen aan welke deelgenoot, al dan niet onder de verplichting een vordering uit overbedeling te voldoen, welke gemeenschappelijke goederen geleverd zullen worden, en waarbij zij ook kunnen regelen wie van hen draagplichtig zal zijn voor welke voor rekening van de gemeenschap komende schulden. Stelt de rechter de verdeling vast, dan stelt hij de inhoud van

⁴⁰⁸ Art. 4:28 BW biedt hier weinig soelaas. Het artikel biedt de langstlevende partner enkel het recht om gedurende zes maanden na overlijden van de erflater de woning te blijven bewonen. Het artikel gaat er echter van uit dat de woning *in haar geheel* tot de nalatenschap of de ontbonden huwelijksgemeenschap behoort.

⁴⁰⁹ Dat het mogelijk is om de opeisbaarheid van de overbedelingsvordering uit te stellen, is vaste rechtspraak, zie bijv. HR 12 oktober 2001, *NJ* 2003, 534, m.nt. W.M. Kleijn (*Goodwill medische maatschap*).

⁴¹⁰ Dit volgt bijv. niet uit de verhouding waarin de deelgenoten tot de gemeenschap zijn gerechtigd; vgl. HR 13 maart 1953, *NJ* 1953, 569, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*83 aandelen*).

deze overeenkomst vast. De deelgenoten worden door de rechterlijke vaststelling van de verdelingsovereenkomst verplicht te handelen alsof zij deze overeenkomst zelf hebben gesloten.

4.3.4 *Welke norm past de rechter toe?*

375. De rechter die in het kader van art. 3:185 BW met geschillen over de verdeling wordt geconfronteerd, heeft van de wetgever geen precieze voorschriften meegekregen hoe de gemeenschap moet worden verdeeld. De wet bepaald slechts dat hij naar billijkheid rekening houden met het belang van partijen en het algemeen belang (art. 3:185 BW). Dit is een merkwaardige norm. Volgens art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 BW zijn de deelgenoten gehouden zich jegens elkaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid te gedragen. Dit is niet anders als zij tot een verdeling van de gemeenschap trachten te komen. Toch zou de rechter dan een andere norm moeten toepassen. Dit roept drie vragen op. Ten eerste: wat is het verschil tussen deze norm en de redelijkheid en billijkheid? Ten tweede: wat is de verhouding tussen de belangen van partijen enerzijds en het algemeen belang anderzijds? Ten derde: welke vrijheid heeft de rechter bij toepassing van deze norm? Met andere woorden: in welke mate is hij gebonden aan de stellingen van partijen?

Verskil met redelijkheid en billijkheid?

376. Bestaat er een verschil tussen de norm die de onderlinge verhouding tussen de deelgenoten beheerst, de redelijkheid en billijkheid, en de norm die de rechter moet hanteren als hij bij de verdeling van een gemeenschap wordt betrokken, het naar billijkheid wegen van de belangen van partijen en het algemeen belang? Op basis van art. 3:12 BW moet de rechter bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen rekening houden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Bij de verdeling moet de rechter enkel de belangen van partijen en het algemeen belang naar billijkheid wegen. Zo bezien verschillen beide normen dus niet veel van elkaar.⁴¹¹

377. Toch zit er wel een verschil tussen beide normen. Dit verschil is gelegen in de rol van de rechter die de norm moet toepassen. Ik zal proberen dit verschil duidelijk te maken door een vergelijking te maken tussen de rechter die moet bepalen of in de verhouding tussen partijen een rechtsregel geldt die partijen niet zijn overeengekomen, met andere woorden: de rechter die de aanvullende wer-

⁴¹¹ Dit sluit aan bij de verwijzing van de minister in MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 584 naar art. 7 van de inleidende titel op het Burgerlijk Wetboek, thans art. 3:12 BW.

king van redelijkheid en billijkheid toepast, en de rechter die een gemeenschap verdeelt.

378. Tussen deze twee rechters bestaat een aantal overeenkomsten. Zo moeten zij beiden allereerst nagaan wat partijen zijn overeengekomen en zijn zij bij hun taak niet gebonden aan de stellingen die partijen hebben betrokken.⁴¹² Tussen hen bestaat echter ook een belangrijk verschil. De rechter die nagaat of op basis van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid een rechtsregel geldt die partijen niet zijn overeengekomen, doet dit binnen het kader van hetgeen partijen wél zijn overeengekomen. Hij heeft hierbij een groot aantal concrete aanknopingspunten. Een van de belangrijkste van deze aanknopingspunten is hetgeen partijen wél zijn overeengekomen. De rechtsregel die de rechter vindt, vloeit als het ware uit deze aanknopingspunten voort.

379. De rechter die een gemeenschap verdeelt, heeft in het algemeen veel minder aanknopingspunten, terwijl de regel die hij moet opstellen, niet de al tussen de partijen bestaande rechtsregels aanvult, maar veeleer een nieuwe zelfstandige rechtsregel vormt. Neem de verdeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap als voorbeeld. Van een aantal goederen zal met een vrij grote mate van zekerheid kunnen worden gezegd wie van deelgenoten het meest in aanmerking komt om deze goederen toegedeeld te krijgen. Art. 1:101 BW somt enkele van deze goederen op. Het artikel noemt onder andere kleren en kleinodiën die de deelgenoot ten gebruike strekken en tot de familie van de deelgenoot behorende papieren en gedenkstukken. Voor de overgrote meerderheid van goederen van een ontbonden huwelijksgemeenschap ligt de verdeling minder voor de hand. Wie moet de eettafel toegedeeld krijgen en wie het bankstel? De rechter zal daar de benadering kiezen, als ik goed X aan deelgenoot A toedeel, dan moet ik goed Y wel aan deelgenoot B toedelen, enzovoort. Zo stelt de rechter de verdeling vast door het zetten van een min of meer arbitraire stap. De vervolgstappen worden dan bepaald door de eerder gezette stappen. Zou de rechter dit proces echter anders beginnen, goed Y aan deelgenoot A toedelen en goed X aan deelgenoot B toedelen enzovoort, dan wordt de uitkomst van het proces anders, zonder dat gezegd kan worden dat de uitkomst op onjuiste gronden berust.

380. Zo bezien is het wel logisch om in art. 3:185 BW niet te bepalen dat de rechter de verdeling vaststelt naar redelijkheid en billijkheid, maar dat hij naar billijkheid rekening houdt met de belangen van partijen en met het algemeen belang (art. 3:185 lid 1, slot BW). Hierdoor wordt de wijze waarop de rechter optreedt nader ingevuld.

⁴¹² Zie ten aanzien van uitleg HR 23 juni 1995, *NJ* 1996, 566, m.nt. H.J. Snijders (*FMN Holding/Prêt-à-Porter*); zie ten aanzien van de verdeling HR 17 april 1998, *NJ* 1999, 550, m.nt. W.M. Kleijn (*J.v.Z./G.v.Z.*).

Meewegen algemeen belang

381. Volgens art. 3:185 BW moet de rechter bij zijn beslissing niet alleen de belangen van partijen meewegen, maar ook het algemeen belang. Wat hiermee wordt bedoeld is niet op voorhand duidelijk. Het begrip ‘algemeen belang’ wordt in de parlementaire geschiedenis nauwelijks toegelicht. De voorbeelden die worden genoemd, gaan uitsluitend over het algemene belang in de zin van het belang dat de maatschappij heeft bij het op normale wijze inzetten van goederen ten behoeve van de economie.⁴¹³ De Hoge Raad noemt bij zaken op basis van art. 3:185 BW wel het algemeen belang als maatstaf, maar concretiseert niet verder hoe deze maatstaf moet worden toegepast.⁴¹⁴ In de literatuur wordt onder het algemeen belang ook voornamelijk het algemeen economisch belang verstaan. Zo wordt wel geleerd dat de rechter mede moet letten op de continuïteit van de bedrijfsuitvoering.⁴¹⁵

382. Het opnemen van het algemeen belang in art. 3:185 BW is aanvankelijk bekritiseerd.⁴¹⁶ Toch ben ik van mening dat het voorschrijven dat de rechter het algemeen belang meeweegt, juist bij gemeenschappen geen slecht idee is. Normaal gesproken zorgt de markt ervoor dat goederen zo worden ingezet dat zij maximaal nut genereren. Bij een gemeenschap kan het zo zijn dat de mechanismen die ervoor zorgen dat goederen maximaal nut genereren, geblokkeerd raken. De deelgenoten kunnen beheer en beschikking alleen bij onderlinge overeenstemming regelen. Om deze patstelling te doorbreken kan ofwel verdeling van een goed worden gevorderd ofwel de kantonrechter om een beheersregeling worden gevraagd. In deze gevallen kan de rechter bij zijn beslissing het algemeen belang laten meewegen en zo voor een rationeel gebruik van de goederen waken.

⁴¹³ Het begrip ‘algemeen belang’ komt voor in art. 3:168 lid 2 en art. 3:185 lid 1 BW. In de parlementaire geschiedenis wordt vermeld dat de rechter een beheersregeling die een behoorlijke exploitatie van het goed onmogelijk zou maken, niet hoeft te accepteren; zie TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 582. In het voorlopig verslag wordt gereageerd met de opmerking dat de norm ‘algemeen belang’ rijkelijk vaag is; zie VV, Parl. Gesch. Boek 3, p. 583 en 618. De minister reageert hierop met de opmerking dat het begrip ‘algemeen belang’ inderdaad vaag is, maar dat het civiele recht nu eenmaal niet zonder deze open begrippen kan. De minister stelt dat aan het bezwaar dat de illusie zou kunnen worden gewekt van een te eenzijdig afgestemde norm. Hij stelt dat het belang van partijen in beide artikelen niet voor niets als eerste wordt genoemd. Verder wordt aan dit bezwaar tegemoetgekomen door op te nemen dat de rechter ‘naar billijkheid’ met de belangen van partijen en het algemeen belang rekening houdt; zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 584.

⁴¹⁴ Zie HR 17 april 1998, *NJ* 1999, 550, m.nt. W.M. Kleijn (*J.v.Z./G.v.Z.*) en HR 12 oktober 2001, *NJ* 2003, 534, m.nt. W.M. Kleijn (*Goodwill medische maatschap*).

⁴¹⁵ Van Mourik 2006a, nr. 60.

⁴¹⁶ In de Tweede Kamer werd gesproken van een ‘stap in het duister’; zie VV II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 619.

383. Het feit dat de rechter het algemeen belang meeweegt zegt niets over de vraag hoe dit belang zich verhoudt tot het belang van partijen. Welk belang moet de rechter zwaarder laten wegen? De minister heeft hierover opgemerkt dat art. 3:168 en 185 BW bewust het belang van partijen als eerste noemen.⁴¹⁷ Met andere woorden: het belang van partijen staat voorop. Hierbij is het wel van belang om te benadrukken dat tussen het belang van partijen en het algemeen (economische) belang niet altijd een principiële tegenstelling bestaat. Zo kan het bijvoorbeeld zo zijn dat een bedrijf niet kan worden gesplitst, omdat dan twee niet-rendabele bedrijven ontstaan. In dat geval is splitsing noch in het belang van partijen, noch in het algemeen belang.

384. Mijns inziens zou een verdeling die op grond van art. 3:185 BW tot stand komt, primair moeten voldoen aan de eis dat zij een juiste afspiegeling vormt van het belang van partijen. Zoals ik hierboven heb weergegeven, laat het belang van partijen vaak meerdere verdelingen toe.⁴¹⁸ In dat geval kan op basis van het algemeen belang die verdeling worden gekozen waarmee het algemeen belang het meest is gediend.

4.3.5 *Vrijheid van de rechter*

385. De rechter die in een verdelingsgeschil oordeelt, heeft een grote vrijheid. Deze vrijheid bestaat ook in processuele zin. De rechter is bij de verdeling van een gemeenschap niet gebonden aan de verdelingen die partijen voorstellen.⁴¹⁹ Dit sluit aan bij de positie van de rechter die op basis van redelijkheid en billijkheid een leemte in een overeenkomst opvult. Ook deze rechter is hierbij niet gebonden aan de stellingen van partijen over de inhoud van zo'n verbintenis.⁴²⁰

386. De vrijheid van de rechter uit zich ook in de motiveringsplicht die de rechter heeft als hij een gemeenschap verdeelt. Zoals ik al schreef, is deze verdeling in een bepaalde mate een billijkheidsoordeel. Als algemene regel geldt dat de rechter, waar hij een dergelijk billijkheidsoordeel geeft, niet is gehouden dit oordeel diepgaand te motiveren.⁴²¹ Wel geldt de eis die aan iedere rechterlijke uitspraak moet worden gesteld, namelijk dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor par-

⁴¹⁷ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 584, Polak 1958 is aanvankelijk kritisch, maar kan zich in de bepaling vinden; ook Kleijn 1973, p. 183, heeft zijn bedenkingen, maar kan zich uiteindelijk ook in de bepaling vinden.

⁴¹⁸ Zie nr. 379.

⁴¹⁹ HR 17 april 1998, NJ 1999, 550, m.nt. W.M. Kleijn (*J.v.Z./G.v.Z.*).

⁴²⁰ HR 24 september 2004, NJ 2004, 672 (*Ligplaats*), en vooral de conclusie van A-G Spier, paragraaf 3.6 e.v.

⁴²¹ Vgl. bijv. de rechtspraak over de billijkheidcorrectie van art. 6:101 BW; zie bijv. HR 3 juni 2005, NJ 2005, 286 (*Wijnand/Koblenz*).

tijen als voor derden – ingeval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.⁴²² Toegespitst op de rechter die een gemeenschap verdeelt, betekent dit dat de rechter over het algemeen zal kunnen volstaan met aan te geven welke belangen hij heeft meegewogen bij zijn verdeling en aan te geven wat het resultaat daarvan was. Hij is niet gehouden om expliciet in te gaan op de voorgestelde verdelingen van partijen.⁴²³

4.3.6 *Toepassing van deze norm*

387. Hoe past de rechter deze norm nu in een concreet geval toe? Onder het huidige recht zijn weinig richtinggevende uitspraken gepubliceerd. De reden hiervoor is waarschijnlijk dat deze zaken vaak een privé-aangelegenheid betreffen en daarom minder voor publicatie geschikt worden bevonden. Bovendien spelen de feiten en omstandigheden van het geval een belangrijke rol, hetgeen ook de publicatiewaardigheid van een uitspraak niet ten goede komt. Onder het oude recht is echter wél een richtinggevende uitspraak geweest.⁴²⁴ Onder het oude recht moest de rechter, indien de deelgenoten niet tot een verdeling konden komen, oordelen over de geschillen die tussen hen bestonden. Hierbij oordeelde de rechter op grond van de goede trouw (thans: redelijkheid en billijkheid). Zoals ik al schreef, ligt toepassing van de norm van redelijkheid en billijkheid zeer dicht aan tegen toepassing van de norm van naar billijkheid wegen van de belangen van partijen.

De casus die aan deze uitspraak ten grondslag lag, was de volgende. Van Bakel en Roymans waren gezamenlijk eigenaar van enkele huizen in Waalre, Van Bakel voor 2/5 en Roymans voor 3/5. Zij hadden hun aandeel in deze panden verkregen door koop van de erven Swane, vijf in getal, het was niet goed mogelijk deze huizen op te splitsen. Eén van de huizen werd door Van Bakel gedurende lange tijd bewoond en door hem gebruikt als zijn atelier. Bovendien had hij in dit huis zijn verzameling schilderijen ondergebracht. Van Bakel stelde zich op het standpunt dat, op grond van de goede trouw de huizen, althans het huis dat door hem werd bewoond aan hem moest worden toegedeeld. Roymans was echter van mening dat de huizen in het openbaar moesten worden verkocht. Roymans, die over aanzienlijke financiële middelen beschikte, stelde zich op het standpunt dat hij op deze wijze in staat werd gesteld de panden te verwerven.

⁴²² HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659, m.nt. D.W.F. Verkade (*Vredo/Veenhuis*) en HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 7 (*Stichting Finkenburgh/Van Mansum*).

⁴²³ HR 17 april 1998, *NJ* 1999, 550, m.nt. W.M. Kleijn (*J.v.Z./G.v.Z.*).

⁴²⁴ HR 9 mei 1980, *NJ* 1981, 283, m.nt. W.M. Kleijn en W.H. Heemskerk (*Van Bakel/Roymans*).

Het hof had geoordeeld dat de panden inderdaad in het openbaar moesten worden verkocht. Het hof was van mening dat de verdeling die Van Bakel voorstelde, te zeer het belang van Roymans op de achtergrond stelde. Het hof was van mening dat een openbare verkoop de beste waarborg vormde voor een verdeling waarbij alle partijen in economische zin hun deel kregen. Het hof was bovendien van mening dat op deze wijze beide partijen een gelijke kans hadden om de door hen gewenste panden in ongedeelde eigendom te verwerven.

In cassatie stelde Van Bakel dat het hof de belangen op een onjuiste wijze had gewogen. De Hoge Raad oordeelde:

‘Onderdeel I van het middel berust op de gedachte dat in geval tot een gemeenschap een woonhuis behoort, bij toedeling waarvan een der deelgenoten een bijzonder belang heeft omdat hij daarin vanouds met zijn gezin heeft gewoond en waarmee hij ook overigens op een wijze als door Van Bakel aangevoerd persoonlijk verbonden is, de eisen van goede trouw meebrengen dat hij op toedeling van dat huis tegen vergoeding van de eventuele overwaarde aanspraak heeft, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen, die dit anders maken. Deze gedachte is op zichzelf niet onjuist. Maar het onderdeel miskent dat het antwoord op de vraag of het bijzondere belang van de deelgenoot in een bepaald geval inderdaad tegenover de belangen van de andere deelgenoten de doorslag moet geven, o.m. afhangt van de aard van de gemeenschap en de wijze waarop de deelgenoten hun aandelen hebben verkregen, alsook van het gewicht van eventuele bijzondere belangen van de andere deelgenoten, mede in verband met de samenstelling van de gemeenschap en de wijze waarop deze in kavels kan worden gesplitst. In het licht van de (...) opgesomde omstandigheden waarvan in cassatie moet worden uitgegaan, kan niet worden gezegd dat het Hof door te oordelen als boven weergegeven enige rechtsregel heeft geschonden. Daarbij moet in aanmerking worden genomen, dat bij de door het Hof gekozen oplossing de belangen van Van Bakel in zoverre in het oog worden gehouden dat ook deze bevoegd is zich bij de openbare verkoop de eigendom van het gehele perceel te verwerven.’

388. Uit dit oordeel valt af te leiden dat de vraag welke verdeling is geboden moet worden beantwoord door weging van belangen van de deelgenoten. Bij deze weging moet een aantal omstandigheden in het oog worden gehouden; de Hoge Raad noemt onder andere de aard van de gemeenschap en de wijze waarop de deelgenoten hun aandelen hebben verkregen. In de onderhavige casus was sprake van een eenvoudige gemeenschap die door koop van de erfgenamen, gevolgd door levering, was ontstaan. Dat is iets heel anders dan een gemeenschap die is ontstaan door erfopvolging. Het lijkt inderdaad redelijk dat in een dergelijk geval eerder openbare verkoop van een goed wordt bevolen dan in het geval van een gemeenschap van een nalatenschap.

389. In beginsel moeten alle omstandigheden worden betrokken bij de afweging van de belangen van partijen.⁴²⁵ Hierop bestaat wel een uitzondering. De rechter mag de effecten van een maatregel met een voorlopig karakter niet in zijn afweging betrekken. De aard van de voorziening staat hieraan in de weg. Gedacht kan worden aan maatregelen die in kort geding zijn getroffen⁴²⁶ of aan de maatregelen als bedoeld in art. 1:165 of 175 BW. Ook een verdelingsbeslag is slechts een voorlopige maatregel. Het feit dat een partij verdelingsbeslag heeft gelegd, beïnvloedt dus niet het antwoord op de vraag aan welke deelgenoot een goed moet worden toegedeeld.

Wettelijke overnemingsrechten

390. In sommige gevallen schrijft de wet voor hoe een verdeling moet luiden. Art. 1:101 en 4:38 BW geven onder omstandigheden bepaalde deelgenoten het recht om bepaalde goederen te krijgen toegedeeld. Art. 1:101 BW noemt in de verhouding tussen (ex-)echtgenoten de kleren en kleinodiën die te gebruike van een (ex-)echtgenoot strekken, zijn beroeps- en bedrijfsmiddelen en de papieren en gedenkstukken die tot de familie van de (ex-)echtgenoot behoren. Art. 4:38 BW schept de mogelijkheid dat een kind, stiefkind of echtgenoot van de erflater zich de goederen die betrekking hebben op het bedrijf of beroep dat door de erflater werd uitgeoefend en dat door het kind, stiefkind of echtgenoot van de erflater wordt voortgezet laat toebedelen. Het artikel gaat verder dan art. 1:101 BW. Art. 4:38 BW maakt namelijk ook mogelijk dat de goederen worden overgenomen door een kind, stiefkind of echtgenoot van kind of stiefkind, terwijl deze persoon geen erfgenaam en dus geen deelgenoot is.

391. Voor zover het gaat om een gemeenschap liggen deze regels wel heel erg voor de hand. Het is moeilijk te verdedigen dat de kleding van de ene echtgenoot aan de andere zou moeten worden toegedeeld. De belangen bij toedeling van bedrijfs- en beroepsmiddelen aan de zijde van de echtgenoot die ze gebruikt, zijn veel groter dan het belang dat de andere echtgenoot bij toedeling heeft. Hetzelfde geldt voor toedeling van papieren en gedenkstukken die tot de familie van één van de echtgenoten behoren. Ook de regel die in art. 4:38 BW ligt besloten, ligt in feite voor de hand. Het artikel schept zelf geen recht op de bedrijfsoverneming.⁴²⁷ Het artikel beschermt enkel het recht op bedrijfsgoederen als de bedrijfsoverneming is overeengekomen.

⁴²⁵ HR 9 mei 1980, *NJ* 1981, 283, m.nt. W.M. Kleijn en W.H. Heemskerk (*Van Bakel/Roymans*).

⁴²⁶ HR 2 mei 1975, *NJ* 1976, 273, m.nt. E.A.A. Luijten.

⁴²⁷ Nota NE, Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1762, waar wordt opgemerkt dat, indien een regeling over de voortzetting van het bedrijf ontbreekt en ter zake tussen de erfgenamen een geschil ontstaat, dit geschil op de voet van art. 3:185 BW aan de rechter moet worden voorgelegd.

4.3.7 *Subsidiariteit van een verdelingsvordering ex art. 3:185 BW*

392. Art. 3:185 BW schept de mogelijkheid dat partijen verdelingsgeschillen aan de rechter voorleggen. Het is hiervoor niet noodzakelijk dat zij eerst op de voet van art. 3:178/180 BW een vordering tot verdeling van de gemeenschap instellen. Voor vorderingen op de voet van art. 3:185 BW geldt wel een bijzonder ontvankelijkheidsvereiste. Art. 3:185 BW bepaalt namelijk dat de rechter alleen de bevoegdheid heeft om deze maatregelen te nemen '[v]oorzover de deelgenoten en zij wier medewerking vereist is, over een verdeling niet tot overeenstemming kunnen komen'. Partijen moeten dit stellen en zo nodig aannemelijk maken.⁴²⁸

393. In de literatuur is betwist of de rechter de verdelingsvordering ex art. 3:185 BW mag afwijzen en de partijen naar een notaris mag verwijzen als hij van mening is dat partijen onvoldoende moeite hebben gedaan om zelf tot een verdeling te komen. Deze discussie is aangeslingerd door Hermans en Stille.⁴²⁹ Zij richten zich op scheidingzaken. In deze zaken maakt art. 827 lid 1, aanhef en onder b, Rv het sinds 1 januari 1993 mogelijk dat tegelijk met het verzoek tot echtscheiding een vordering ex art. 3:185 BW als nevenverzoek wordt ingediend.⁴³⁰ Hermans en Stille constateren dat deze mogelijkheid afwijkt van de oude praktijk, waarin de rechter vrijwel altijd volstond met een bevel tot verdeling en partijen dan alleen terugzag als zij onderling niet tot overeenstemming konden komen. Volgens Hermans en Stille blijkt uit de parlementaire geschiedenis niet dat de wetgever dit verschil heeft gewild. Zij geven aan dat de nieuwe mogelijkheid gepaard gaat met een groter beslag op de beschikbare middelen. Bovendien constateren zij dat dit tot gevolg heeft dat een boedelverdeling onnodig in een conflictmodel wordt behandeld. Hermans en Stille bepleiten dan ook een terugkeer naar de oude praktijk. Zij vermelden dat het Hof Amsterdam inmiddels hun lijn zou volgen.⁴³¹ Meijer is daarentegen van mening dat de door

⁴²⁸ Keijser 2003, p. 185.

⁴²⁹ Hermans & Stille 1998a, p. 1063-1066; zie ook de reactie van Ortelée 1998, p. 1310, en het naschrift hierop van Hermans & Stille 1998b, p. 1310.

⁴³⁰ Art. 827 lid 1, aanhef en onder b, Rv is ingevoerd in de Wet van 1 juli 1992 tot herziening van het scheidingsprocesrecht, *Stb.* 373.

⁴³¹ Hermans en Stille beroepen zich op een niet gepubliceerde uitspraak van het Hof Amsterdam van 23 januari 1997, rekestnummer 322/96. Van vóór deze praktijk dateert nog Hof Amsterdam 22 maart 1995, *NJ* 1998, 410, waarover: Stille 1998, p. 3-5. In dit arrest neemt het hof (nog) de tegengestelde opvatting in. Ook anders: Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 1994, *NJkort* 1994, 18. De door Hermans en Stille weergegeven praktijk is in elk geval niet vastgelegd in een gepubliceerde procesregeling. Ook in de op de rechtbanken van toepassing zijnde procesregelingen heb ik geen sporen van de door Hermans en Stille gerapporteerde praktijk kunnen ontdekken. Uit art. 9.1 van het procesreglement scheiding (Stcrt. 18-12-2000, laatstelijk gewijzigd 1 oktober 2007) volgt eerder het omgekeerde. In dat artikel wordt bepaald dat de rechter in beginsel nevenverzoeken tegelijk behandelt met de eigenlijke scheidingszaak. Is dit niet op snelle en eenvoudige wijze moge-

Hermans en Stille bepleite weg op gespannen voet staat met de partijautonomie. Zij vraagt zich af naar welke notaris de partijen moeten worden verwezen en of dit ook moet gebeuren als partijen hier niet om hebben gevraagd.⁴³² Ik ben van mening dat Hermans en Stille verkeerde conclusies verbinden aan de parlementaire geschiedenis. Ik ben echter wél van mening dat voor de partijen een onderhandelingsplicht geldt en dat de rechter, indien partijen zich hier niet aan houden, hen dient te verwijzen naar een notaris.

394. Volgens Hermans en Stille zou het niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat werd afgeweken van de bestaande praktijk waarin de echtscheidingsrechter volstond met het geven van een bevel tot verdeling. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter het omgekeerde. De wetgever heeft het juist mogelijk willen maken om alle financiële kwesties die in het kader van een echtscheiding rijzen in één geding af te doen. De memorie van toelichting bij de Invoeringswet laat aan duidelijkheid niets te wensen over. Hierin wordt opgemerkt dat:

‘(...) de rechter die de echtscheidingsvordering behandelt, in hetzelfde geding ook de boedelscheiding geheel kan (doen) afwikkelen door op alle daaromtrent tussen partijen rijzende geschillen terstond of na nader onderzoek recht te doen. Zoals in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer betreffende het wetsontwerp scheidingsprocesrecht, blz. 17 en 25, wordt gezegd, is er de voorkeur aan gegeven dit sluitstuk, dat aansluit bij de ontwikkeling van het huidige recht, nader te bezien in het ruimere kader van de invoeringswetgeving betreffende Boek 3 nieuw BW.

De nieuwe artikelen 677-680 Rv., voorgesteld in het eerste gedeelte van deze Invoeringswet, hebben tot strekking mogelijk te maken dat alle geschillen omtrent de verdeling van een gemeenschap – zoals de boedelscheiding in het nieuwe recht wordt aangeduid – in één geding worden berecht, zonder dat het noodzakelijk is dat eerst een notaris wordt benoemd, en zonder dat de beperkingen gelden die in het huidige recht voortvloeien uit de daar voorgeschreven zwarighedenprocedure.’⁴³³

Met andere woorden: de toenemende mate waarin de (echtscheiding)rechter met verdelingsgeschillen wordt geconfronteerd, is door de wetgever gewild.

395. Dit neemt niet weg dat de wet ervan uitgaat dat de rechter slechts bij uitzondering bij verdelingskwesties moet worden betrokken. Dit blijkt uit het feit dat art. 3:185 BW de rechter alleen de mogelijkheid biedt een verdelingsgeschil te beslechten, voor zover partijen niet tot overeenstemming *kunnen* komen. Is de rechter van oordeel dat partijen nog wel tot een verdeling kunnen komen, dan kan hij hen verwijzen naar een notaris. Dit blijkt uit art. 678 Rv. Dit artikel is geschreven voor de situatie waarin de rechter op grond van een vorde-

lijk, dan voorziet het reglement slechts in gescheiden behandeling. Het reglement rept met geen woord over het naar de notaris verwijzen van een nevenverzoek tot verdeling van de gemeenschap.

⁴³² Meijer 2004, p. 99, voetnoot 2.

⁴³³ MvT Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1277-1278.

ring ex art. 3:178/180 verdeling van de gemeenschap heeft bevolen en partijen naar een notaris heeft verwezen. Het doel van art. 678 Rv is het garanderen dat op zijn minst een ernstige poging wordt ondernomen om onder leiding van de notaris tot elkaar te komen.⁴³⁴ Art. 678 Rv bereikt dit doel door in lid 2 de mogelijkheid open te houden dat partijen zich, nadat zij naar de notaris zijn verwezen, met een vordering ex art. 3:185 BW tot de rechter wenden. In lid 3 wordt echter bepaald dat de rechter deze vordering kan aanhouden om de notaris opnieuw de kans te geven de partijen te verenigen. Voorwaarde voor deze bevoegdheid is dat ten minste één van de bij de verdeling betrokken partijen verwijzing naar de notaris verlangt en de partij die zich tot de rechter wendt, geen afschrift van het proces-verbaal van non-comparitie overlegt. In deze situatie heeft de rechter dus inderdaad de bevoegdheid om te weigeren uitspraak te doen en in plaats daarvan partijen naar de rechter te verwijzen.

396. Ik zou menen dat ook de rechter die rauwelijks met een vordering ex art. 3:185 BW wordt geconfronteerd, de bevoegdheid heeft om partijen naar de notaris te verwijzen. Dit blijkt ook uit art. 677 Rv, dat bepaalt dat de rechter die een notaris benoemt, de zaak voor wat betreft hetgeen overigens ter zake van de verdeling is gevorderd, kan aanhouden totdat is gebleken of de notaris partijen heeft kunnen verenigen. Voor deze verwijzing geldt de eis dat ten minste één partij verwijzing wenst en de rechter de indruk heeft dat verwijzing zinvol is. Uiteraard kan de rechter tijdens een comparitie of mondelinge behandeling hierop aansturen. Hij kan dan bovendien vragen naar eventuele voorkeuren voor een te benoemen notaris.⁴³⁵

4.3.8 *Gedwongen strijdgenootschap*⁴³⁶

397. Een vordering ex art. 3:185 BW is, anders dan de enkele vordering tot verdeling van de gemeenschap ex art. 3:178/180 BW, een processueel ondeelbare rechtsverhouding.⁴³⁷ Dit betekent dat alle deelgenoten en andere partijen wier medewerking aan de verdeling noodzakelijk is, in de procedure moeten worden betrokken. Gebeurt dit niet, dan moet de *exceptio plurium litis consortium* worden toegewezen. Dat de vordering ex art. 3:185 BW een ondeelbare rechtsverhouding betreft, volgt vrijwel rechtstreeks uit de wet. Art. 3:182 BW eist deelneming van alle deelgenoten. Het levert een onwerkbaar situatie op als

⁴³⁴ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 302.

⁴³⁵ Op deze manier wordt op eenvoudige wijze het probleem ondervangen dat Meijer 2004, p. 99, noot 2 signaleert, namelijk welke notaris en welke onzijdige personen dienen te worden benoemd.

⁴³⁶ Zie over het gedwongen strijdgenootschap, de ondeelbare rechtsverhouding en de *exceptio plurium litis consortium* nr. 157 e.v.

⁴³⁷ Vgl. ten aanzien van de ouderlijke boedelverdeling HR 24 december 1982, NJ 1983, 370 (*Schoonbrood/Schoonbrood*). Zie voor de verdeling ook: Rb. Zutphen 2 februari 2005, LJN AS4173 en Hof 's-Hertogenbosch 14 november 2006, LJN BA0342.

tussen deelgenoten A en B op grond van een vonnis op basis van art. 3:185 BW de ene verdeling geldt, en tussen deelgenoten C en D een andere verdeling.⁴³⁸ Om nog maar niet te spreken van de situatie dat tussen A en B de ene verdeling geldt en tussen B en C een andere verdeling. Hetzelfde geldt voor een verdeling waarbij niet de schuldeisers met een bevel tot verdeling of de beperkt gerechtigden op een aandeel zijn betrokken. Partijen kunnen echter niet-ontvankelijkheid op grond van de *exceptio plurium litis consortium* op eenvoudige wijze vermijden. In het algemeen geldt dat de eiser de ontbrekende partijen op de voet van art. 118 Rv kan oproepen.⁴³⁹ Mocht de eiser slechts tegen enkele partijen de vordering van art. 3:178/180 BW instellen, dan kan de gedaagde alsnog de vordering ex art. 3:185 BW instellen. Art. 680 lid 5 Rv verleent dan de gedaagde de bevoegdheid om de niet in het geding geroepen partijen op te roepen.

4.4 Verweren

398. De partij die wordt geconfronteerd met een vordering tot verdeling (art. 3:178/180 BW), de vordering tot vaststelling van de wijze van verdeling (art. 3:185 BW) of de vordering tot vaststelling van de verdeling (art. 3:185 BW), heeft een aantal mogelijkheden om zich tegen deze vorderingen te verweren, althans om de gevolgen van het toewijzen van de vordering te verzachten. Uiteraard zijn deze vorderingen niet toewijsbaar als de vordering tot verdeling van de gemeenschap niet is toegestaan.⁴⁴⁰ Daarnaast kunnen de deelgenoten verlangen dat eerst informeel wordt vereffend (4.4.1). Dit wil zeggen dat eerst alle of sommige opeisbare schulden die voor rekening van de gemeenschap komen, moeten worden voldaan (art. 3:178 lid 2 BW). De deelgenoten kunnen ook gedwongen schuldverrekening afdwingen (4.4.2). Dit houdt in dat op het aandeel van een deelgenoot wordt toegerekend hetgeen hij de gemeenschap schuldig is (art. 3:184 BW). Tot slot kunnen zij zich verzetten tegen een partiële verdeling door te verlangen dat alle tot de gemeenschap behorende goederen en voor rekening van de gemeenschap komende schulden in de verdeling worden begrepen, het zogenoemde verzet tegen de partiële verdeling (art. 3:179 lid 1 BW) (4.4.3).

4.4.1 Informele vereffening

399. Art. 3:178 lid 2 BW geeft een deelgenoot die met een vordering tot verdeling wordt geconfronteerd, de bevoegdheid om te verlangen dat de rechter be-

⁴³⁸ Vgl. A-G Biegman-Hartogh in haar conclusie voor HR 24 december 1982, *NJ* 1983, 370 (*Schoonbrood/Schoonbrood*), waarin zij stelt dat de situatie waarin een ouderlijke boedelverdeling, die ten aanzien van een aantal kinderen geldig was, zodat zij slechts recht hadden op een vordering uit overbedeling, en die ten aanzien van andere kinderen ongeldig zou zijn, zodat de moeder ten aanzien van hen zou moeten verdelen, zou strijden met de logica.

⁴³⁹ Zie nr. 159.

⁴⁴⁰ Zie hierover nr. 301-325.

paalt dat sommige of alle opeisbare schulden die voor rekening van de gemeenschap komen, worden voldaan alvorens wordt verdeeld. De situatie die ontstaat nadat de rechter heeft bepaald dat alle of sommige opeisbare schulden die voor rekening van de gemeenschap komen, moeten worden voldaan alvorens tot de verdeling wordt overgegaan, is geen formele vereffening. De verschillende bijzondere gemeenschappen kennen in meer of mindere mate een door de wet voorgeschreven vorm van vereffening. Zo kan een nalatenschap, en dus ook de gemeenschap van een nalatenschap, worden vereffend conform de regels van art. 4:202 e.v. BW. Dezelfde regels kunnen ook op de ontbonden huwelijksgemeenschap, de gemeenschap van een ontbonden rederij en de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw waarvan de splitsing is opgeheven, worden toegepast (art. 3:193 BW). Op de gemeenschap van een ontbonden personenvennootschap zijn eigen regels van toepassing (7:825 e.v.). De situatie die ontstaat na de toewijzing van het verweer ex art. 3:178 lid 2 BW, vertoont wel sterke verwantschap met vereffening. Ik zou deze figuur daarom *informele vereffening* willen noemen.

400. De rechter hoeft het verweer dat eerst informele vereffening moet plaatsvinden, niet toe te wijzen. Art. 3:178 lid 2 BW geeft de rechter een discretionaire bevoegdheid. In dit verband vermeldt de memorie van antwoord dat soms de betaling van een opeisbare schuld niet opportuun is. De memorie geeft als voorbeeld het geval waarin een schuldeiser niet op betaling aandringt en één van de deelgenoten bereid is de schuld voor zijn rekening te nemen.⁴⁴¹

401. Wil het mogelijk zijn om een schuld te voldoen, dan moet de gemeenschap uiteraard voldoende liquide middelen bevatten. Is dit niet het geval, dan kunnen door toepassing van art. 3:174 BW gemeenschappelijke goederen worden verkocht.

Procedureregels

402. Art. 3:178 lid 2 BW spreekt over ‘verlangen’. Dit betekent dat geen formele proceduregang is voorgeschreven. De deelgenoot kan op elke wijze zijn verlangen aan de rechter kenbaar maken.⁴⁴²

4.4.2 Gedwongen schuldverrekening

403. Art. 3:184 BW staat de deelgenoten toe bij een verdeling te verlangen dat op het aandeel van een andere deelgenoot wordt toegerekend hetgeen deze aan de gemeenschap schuldig is. Enigszins verwarrend wordt deze rechtsfiguur wel *gedwongen schuldverrekening* genoemd. Deze rechtsfiguur is weliswaar verwant aan de rechtsfiguur van de verrekening (art. 6:127 e.v. BW), maar ver-

⁴⁴¹ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 606.

⁴⁴² Lammers 2007, art. 3:178, aant. 13.

schilt daar ook van. Net als eigenlijke verrekening geeft gedwongen schuldverrekening een vorm van oneigenlijke voorrang. Het aandeel van een deelgenoot dient op deze manier als zekerheid voor de overige deelgenoten.

4.4.3 *Verzet tegen een partiële verdeling*

Partiële verdeling

404. Een partiële verdeling is een verdeling waarbij niet alle tot de gemeenschap behorende goederen en schulden tegelijk worden verdeeld.⁴⁴³ Art. 3:179 BW bepaalt dat de deelgenoten zich tegen een partiële verdeling kunnen verzetten door te verlangen dat alle gemeenschappelijke goederen en de voor rekening van de gemeenschap komende schulden in de verdeling worden begrepen. Deze bepaling is gebaseerd op een afweging tussen de belangen van de deelgenoten bij een partiële verdeling en de belangen bij een verdeling ineens. De wetgever was van mening dat een partiële verdeling ongewenste effecten kan hebben. In de memorie van antwoord bij art. 3:179 BW wordt erop gewezen dat de goederen van een gemeenschap vaak een samenhang zullen vertonen. Dit betekent dat het in een keer verdelen van de gemeenschap meer kans biedt op een verdeling in natura zonder overbedeling met de daaraan verbonden overbedelingsvorderingen. De memorie wijst ook op het geval dat een deelgenoot wordt geconfronteerd met gedwongen schuldverrekening. Als verdeling van enkele goederen wordt gevorderd en zijn schuld op het aandeel in deze goederen zou worden toegerekend, dan leidt dit ertoe dat deze goederen niet aan hem worden toegedeeld. Zou de gehele gemeenschap worden verdeeld, dan kan de schuld op het aandeel in andere goederen worden toegerekend.⁴⁴⁴ Daarnaast kunnen meerdere partiële verdelingen gepaard gaan met hogere kosten dan één gehele verdeling.⁴⁴⁵

Bijzondere eis in reconventie

405. De uitbreiding van een partiële verdeling tot een gehele verdeling moet worden gedaan op de voet van art. 3:178 of 185 BW. Dit blijkt uit art. 680 lid 1 Rv dat voorschrijft dat de partij die van de in art. 3:179 BW gegeven bevoegdheid gebruik wil maken, dit moet doen door te:

⁴⁴³ Soms wordt wel gesproken van een voorschot. Een dergelijk voorschot is in principe een partiële verdeling; zie HR 9 november 1990, *NJ* 1992, 213, m.nt. W.M. Kleijn (*Nahar/Cornes*) en Meijer 2004, p. 82. Van een partiële verdeling is geen sprake als door een deelgenoot betaling wordt gevorderd van de regresvordering die een deelgenoot heeft als hij een schuld die voor rekening van de gemeenschap komt, heeft voldaan; zie HR 10 april 1992, *NJ* 1992, 447.

⁴⁴⁴ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 608.

⁴⁴⁵ Lammers 2007, art. 3:179, aant. 2.

‘eisen dat de verdeling van de gehele voor verdeling vatbare gemeenschap wordt bevolen of door de rechter zelf wordt vastgesteld.’

Uit het gebruik van het woord ‘eisen’ volgt dat de weg moet worden gekozen van een afzonderlijke eis. Blijkens art. 680 lid 3 Rv, moet deze ‘voor alle weren’ worden ingesteld. Zo wordt voorkomen dat een partij de verdeling eindeloos kan rekken door, nadat een geschilpunt is berecht, steeds weer een nieuw geschilpunt op te werpen.⁴⁴⁶ Deze regeling is op zichzelf genomen gunstig, maar wringt op het moment dat de oorspronkelijke eiser zijn vordering tot partiële verdeling vermeerderd en ook van andere goederen verdeling vordert, zonder over te gaan tot partiële verdeling. Dit zou voor de gedaagde aanleiding kunnen zijn op zich alsnog te verzetten tegen de partiële verdeling en verdeling van de gehele gemeenschap te vorderen. Volgens een strikte interpretatie van art. 680 Rv is dit niet meer mogelijk. Ik ben echter van mening dat hier een andere weg moet worden gevolgd. Art. 130 Rv bepaalt dat de goede procesorde in de weg kan staan aan een vermeerdering van eis. Mijns inziens is hiervan sprake, immers een belangrijk onderdeel van de goede procesorde is het beginsel van *equality of arms*. Een vermeerdering van eis moet daarom worden afgewezen. Voorstelbaar is wel dat de gedaagde met de eisvermeerdering instemt, op voorwaarde dat hij in de gelegenheid wordt gesteld alsnog verdeling van de gehele gemeenschap te eisen.

406. Het vorderen van verdeling van de gehele gemeenschap op de voet van art. 3:179 BW lijkt materieel een eis in reconventie.⁴⁴⁷ Bij vergelijking tussen de vordering ex 3:179 BW en een ‘gewone’ eis in reconventie valt op dat de eis ex art. 3:1779 BW:

1. ook tegen een medegedaagde kan worden ingesteld;
2. voor alle weren moet worden ingesteld; en
3. kan worden ingesteld tegen niet verschenen of niet in de procedure betrokken partijen.

Ad 1. Ook tegen medegedaagden

407. Normaal gesproken kan een eis in reconventie alleen tegen de eiser en niet tegen de mede-gedaagde(n) worden ingesteld.⁴⁴⁸ Hetzelfde zal hebben te gelden voor een eis voor alle weren. Art. 680 Rv heft deze beperking op. Het ar-

⁴⁴⁶ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 304.

⁴⁴⁷ In de toelichting wordt dan ook gesproken van een eis in reconventie; zie MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 304.

⁴⁴⁸ Zie HR 23 april 1971, *NJ* 1971, 380, m.nt. E.A.A. Luijten (*Van Nieuwenhoven Helbach/De Leeuw*).

tikel heeft als uitdrukkelijk doel het mogelijk maken van een vordering tegen de medegedaagden.⁴⁴⁹

Ad 2. Voor alle weren

408. Een eis in reconventie moet bij antwoord worden ingesteld (art. 137 Rv). De vordering tot verdeling van de gehele gemeenschap moet volgens art. 680 lid 3 Rv echter worden ingesteld ‘voor alle weren die niet de bevoegdheid van de rechter of zekerheidstelling overeenkomstig artikel 224 [Rv] inhouden’. Het is de vraag wat de betekenis van deze regel is. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering komt op meer plaatsen de term ‘voor alle weren’ voor. Zo bepaalt art. 1022 Rv dat een beroep op de onbevoegdheid van de rechter in verband met arbitrage voor alle weren dient te geschieden. Volgens de Hoge Raad is voldoende dat het beroep op de onbevoegdheid in de eerste schriftelijke conclusie van de gedaagde wordt gedaan. Dit kan de conclusie van antwoord zijn, maar het is ook mogelijk dat de gedaagde voorafgaand aan antwoord een conclusie neemt waarin hij zich beroept op de onbevoegdheid van de rechter.⁴⁵⁰ Zo bezien zou art. 680 lid 3 Rv enkel bepalen dat de eis tot verdeling van de gehele gemeenschap behalve bij antwoord ook in een conclusie voorafgaand aan antwoord kan worden gedaan.

409. Het belang van deze regel is gelegen in de wijze waarop een vordering die voor alle weren wordt gedaan, wordt behandeld. De zaak wordt behandeld als een incident.⁴⁵¹ Dit betekent dat de rechter eerst moet beslissen op het verweer, alvorens de behandeling van de zaak wordt vervolgd.⁴⁵²

Ad 3. Niet verschenen en niet in de procedure betrokken partijen

410. Als een deelgenoot ‘in reconventie’ verdeling van de gehele gemeenschap eist, dan kan het feit dat niet alle partijen zijn verschenen of niet in de procedure zijn betrokken, een probleem vormen. Als een deelgenoot zich tegen de partiële verdeling verzet door op basis van art. 3:185 BW vaststelling van de verdeling van de gehele gemeenschap te vorderen, dan dreigt niet-ontvankelijkheid.⁴⁵³ Doet hij dit door een bevel tot verdeling van de gehele gemeenschap te vorderen, dan dreigt weliswaar geen niet-ontvankelijkheid, maar kan het praktische probleem de kop opsteken dat een partij niet in de procedure is betrokken, omdat zij geen bezwaar had tegen een partiële verdeling, maar wel tegen een gehele verdeling. Zou deze partij niet alsnog in de procedure worden betrokken, dan zou tegen haar alsnog moeten worden geprocedeerd. Om deze

⁴⁴⁹ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 305.

⁴⁵⁰ Vgl. HR 29 april 1994, NJ 1994, 488 (*Edelsyndicaat Nederland/Van Hout*).

⁴⁵¹ Anders: Rb. Amsterdam 27 mei 1992, NJkort 1992, 50.

⁴⁵² Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, par. 4.2.5.

⁴⁵³ Zie nr. 397.

problemen te vermijden, bieden de leden 4 en 5 van art. 680 Rv de mogelijkheid voor de ‘eiser in reconventie’ om deze partijen alsnog op te roepen.

Gewichtige redenen

411. Als hoofdregel kan een partiële verdeling niet tegen de zin van de overige deelgenoten worden doorgezet. Art. 3:179 BW maakt op deze hoofdregel een uitzondering, door te bepalen dat gewichtige redenen kunnen meebrengen dat de rechter de partiële verdeling toestaat, ondanks het verzet van de overige deelgenoten. In de memorie van antwoord worden als voorbeeld van het geval waarin gewichtige redenen bestaan voor een partiële verdeling, twee gevallen genoemd waarin de deelgenoten een bedrag reserveren om hiermee een schuld die voor rekening komt van de gemeenschap, te voldoen.⁴⁵⁴ Hierboven heb ik aangegeven dat de regel dat de deelgenoten zich kunnen verzetten tegen partiële verdeling, is gebaseerd op een afweging van de belangen van de deelgenoten.⁴⁵⁵ Het lijkt dan ook logisch om aan te nemen dat de vraag of sprake is van een gewichtige reden die partiële verdeling rechtvaardigt, moet worden beantwoord door weging van de belangen van de deelgenoten.⁴⁵⁶

4.5 Goederenrechtelijke effectuering

412. De verdeling zelf heeft geen goederenrechtelijk effect, onverschillig of de deelgenoten de verdeling vaststellen of de rechter dit op de voet van art. 3:185 BW doet.⁴⁵⁷ De verdeling moet in beide gevallen nog door levering worden geëffectueerd. Dit kan problemen opleveren. Het is mogelijk dat een partij niet tevreden is met de verdeling die tussen de deelgenoten is bereikt en daarom haar medewerking aan levering onthoudt. Hetzelfde kan zich voordoen bij een verdeling die op de voet van art. 3:185 BW tot stand is gekomen. In beide gevallen is de oplossing hetzelfde: de verplichting tot levering moet reëel worden geëxecuteerd. De wijze van reële executie verschilt naar mate de leveringswijze van het goed verschilt. Ik ga hieronder in op de reële executie van de levering van een roerende zaak, van een registergoed en van een vordering op naam.

⁴⁵⁴ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 608 en 609.

⁴⁵⁵ Zie nr. 404.

⁴⁵⁶ Dit is ook de lijn die in de lagere rechtspraak ligt besloten. Zie Hof Amsterdam 7 januari 1993, *KG* 1993, 101, waarin het hof oordeelde dat de ene deelgenoot op basis van de eisen van redelijkheid en billijkheid was gehouden mee te werken aan een partiële verdeling, en Pres. Rb. Utrecht 30 november 2000, *KG* 2000, 37, waarin de president, onder andere op grond van het feit dat een partiële verdeling niet bezwaarlijk was, hetzelfde oordeelde.

⁴⁵⁷ Onder het oude recht was dit anders, maar toen had de boedelscheiding zelf goederenrechtelijk effect en dit gold dus ook voor een rechterlijke uitspraak die voor de boedelscheiding in de plaats kwam. Sommige schrijvers nemen aan dat ook onder het huidige recht de door de rechter vastgestelde verdeling goederenrechtelijk effect heeft; zie nr. 271-275.

Vervolgens ga ik in op de gevolgen van de vernietiging van een uitspraak waarbij de leveringsverplichting reëel werd geëxecuteerd. Tot slot wijd ik enkele woorden aan de procedure.

4.5.1 Levering van roerende zaken die geen registergoederen zijn

413. De levering van een roerende zaak geschiedt door bezitsverschaffing. In beginsel geschiedt dit doordat de overige deelgenoten afgeven, dan wel doordat de verkrijgende deelgenoot met toestemming van de overige deelgenoten de zaak onder zich neemt. Weigert een deelgenoot zijn medewerking hieraan, dan kan hij daartoe worden gedwongen door oplegging van een dwangsom of door executie tot afgifte (art. 491 e.v. Rv). Voor een dwangsom is het noodzakelijk dat deze wordt gevorderd (art. 611a Rv). Voor executie tot afgifte is een executoriale titel noodzakelijk.

414. Is een verdeling in een notariële akte vastgelegd, dan is de vraag of deze akte als executoriale titel kan dienen. Wil een notariële akte als executoriale titel kunnen dienen, dan is het noodzakelijk dat de verplichting waarvoor wordt geëxecuteerd, uit de akte blijkt. Daarbij is het niet noodzakelijk dat de verplichting uitdrukkelijk uit de akte blijkt. Voldoende is dat de verplichting zonder twijfel blijkt.⁴⁵⁸ In het geval van een verdelingsovereenkomst zal hieraan gewoonlijk wel zijn voldaan. Zelfs als niet met zoveel woorden de verplichting tot levering van de roerende zaken wordt genoemd, zal duidelijk zijn dat de overeenkomst verplicht tot levering.

415. Stelt de rechter de verdeling vast, dan dient de vraag zich aan of deze uitspraak, ook als geen van de partijen daarom heeft gevraagd, een executoriale titel oplevert op basis waarvan afgifte kan worden bewerkstelligd. Ik zou menen van wel. Een uitspraak waarin de rechter de verdeling vaststelt, kan op dezelfde wijze worden geëxecuteerd als een notariële akte.

416. Een roerende zaak kan ook worden geleverd door de in paragraaf 2.1.3 beschreven mengvorm van de levering *brevi manu* en de levering *constituto possessorio*. Voor deze wijze van levering is een tweezijdige verklaring vereist (art. 3:115 BW). De rechter kan, mits dit is gevorderd, op grond van art. 3:300 BW bepalen dat zijn uitspraak de plaats inneemt van deze verklaring. Deze wijze van reële executie heeft als voordeel dat de verkrijgende deelgenoot al als gevolg van de uitspraak eigenaar wordt. Deze eigendomsovergang treedt echter pas op als de uitspraak in kracht van gewijsde gaat.⁴⁵⁹ De rechter kan de

⁴⁵⁸ De Bruijn & Kraan 1992, p. 39-41.

⁴⁵⁹ De uitspraak is immers constitutief en een constitutief vonnis werkt pas vanaf het moment waarop het in kracht van gewijsde gaat. Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 161 en HR 2 december 1949, *NJ* 1950, 20, HR 21 april 1967, *NJ* 1967, 278 en HR 20 januari 1995, *NJ* 1995, 413, m.nt. H.E. Ras (*Smokehouse/Culimer*).

uitspraak uitvoerbaar bij voorraad verklaren. In dat geval gaat de eigendom direct over.⁴⁶⁰ Uiteraard kan de gewezen deelgenoot weigeren aan de uitspraak te voldoen. In dat geval is alsnog reële executie noodzakelijk.

4.5.2 *Levering van registergoederen*

417. Een registergoed wordt geleverd door het opmaken van een notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers. Deze leveringswijze kan op drie manieren reël worden geëxecuteerd. Ten eerste kan een dwangsom worden opgelegd om de deelgenoten te dwingen mee te werken aan het opmaken van de notariële akte. Ten tweede kan de rechter op basis van art. 3:300 lid 1 BW desgevorderd een dwangvertegenwoordiger aanwijzen voor een eventuele onwillige deelgenoot. Op deze wijze kan de notariële akte tot stand komen. Ten derde kan de rechter bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van de leveringsakte (art. 3:300 lid 2 BW).

418. Voor het optreden van de dwangvertegenwoordiger geldt hetzelfde als voor het optreden van een onzijdig persoon. De uitspraak moet in kracht van gewijsde zijn gegaan en de uitspraak moet worden betekend aan de partij die zal worden vertegenwoordigd.⁴⁶¹ De inschrijving van de akte in de openbare registers vormt geen probleem. Deze inschrijving kan geschieden door elk van de partijen.⁴⁶²

419. Voor het inschrijven van de uitspraak waarvan de rechter heeft bepaald dat het in de plaats treedt van een tot levering van een registergoed bestemde akte, bepaalt art. 3:301 BW dat deze akte slechts in de openbare registers kan worden ingeschreven als deze akte is betekend⁴⁶³ en de uitspraak hetzij in kracht van gewijsde is gegaan, dan wel uitvoerbaar bij voorraad is en een termijn van in beginsel veertien dagen⁴⁶⁴ is verstreken sinds de betekening.

4.5.3 *Levering van vorderingen op naam*

420. Een vordering kan op twee manieren worden geleverd. Ten eerste door een akte op te maken en mededeling te doen aan de debiteur (art. 3:94 lid 1 BW). Ten tweede door een authentieke akte of een geregistreerde onderhandse akte, zonder dat mededeling noodzakelijk is (art. 3:94 lid 3 BW). In paragraaf 2.1.3 heb ik beschreven dat een notariële verdelingsakte levering van de vorderingen op naam tot gevolg heeft. Het is de vraag of een uitspraak waarin de ver-

⁴⁶⁰ Vgl. HR 20 januari 1995, *NJ* 1995, 413, m.nt. H.E. Ras (*Smokehouse/Culimer*).

⁴⁶¹ Zie nr. 339.

⁴⁶² Vgl. art. 3:89 BW dat, ingeval er sprake is van een vervreemder en een verkrijger, bepaalt dat beiden bevoegd zijn tot inschrijving.

⁴⁶³ Met deze eis wordt het bepaalde in art. 430 lid 3 Rv herhaald, zie MvT Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1400.

⁴⁶⁴ Deze termijn kan door de rechter in zijn uitspraak worden bekort of verlengd.

deling wordt vastgesteld, deze zelfde werking heeft. Hiervoor is noodzakelijk dat een dergelijk uitspraak met een notariële akte kan worden gelijkgesteld. Een analoge toepassing van art. 430 Rv zou hiertoe leiden.⁴⁶⁵ Toch meen ik dat hier toe niet zomaar mag worden geconcludeerd. Wil een notariële akte waarin de verdeling wordt vastgelegd, tevens overgang van de vorderingen bewerkstelligen, dan moeten er geen aanwijzingen bestaan waaruit volgt dat deze akte niet tevens als leveringsakte is bestemd.⁴⁶⁶ Indien de rechter een verdeling vaststelt, zou ik menen dat zulke aanwijzingen vaak zullen bestaan. Deze aanwijzingen zijn ten eerste gelegen in de aard van een verdelingsuitspraak. Met zijn uitspraak maakt de rechter immers alleen een einde aan een geschil zoals dit hem is voorgelegd. Dit is een geschil over de vraag welke goederen aan welke deelgenoot moeten worden toegedeeld, niet tevens een geschil over de goederenrechtelijke effectuering. Met andere woorden: de partijautonomie verzet zich ertegen dat de rechter – ongevraagd – ook al de overgang van vorderingen teweegbrengt.⁴⁶⁷ Bovendien zal de verdeling vaak een samenhangend geheel zijn. Neem het voorbeeld waarin de rechter een aantal vorderingen aan de ene partij toedeelt en aan de andere partij een registergoed. Wordt aangenomen dat de uitspraak geen overgang van de vorderingen teweegbrengt, dan hebben beide partijen elkaar nodig voor de goederenrechtelijke effectuering van het vonnis. Dit zal voor beide partijen een prikkel betekenen om het vonnis na te komen. Het is niet aanbevelenswaardig deze wederkerigheid te doorbreken. Ik zou daarom willen aannemen dat vorderingen alleen van rechtswege overgaan, als de rechter desgevorderd heeft bepaald dat zijn uitspraak de leveringsakte vervangt.

4.5.4 Procedure

421. Voor zover in een procedure op de voet van art. 3:185 BW problemen in het kader van de goederenrechtelijke effectuering van de verdeling dreigen, kan de vordering tot reële executie tegelijkertijd worden ingediend. Voor zover de vordering ex art. 3:185 BW met een dagvaarding is ingesteld, doen zich dan

⁴⁶⁵ Hieraan staat niet in de weg HR 19 november 2004, *NJ* 2006, 215, m.nt. H.J. Snijders (*Bannenbergh Advocaten/Polak q.q.*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat met registratie van een onderhandse akte niet gelijk mag worden gesteld het deponeren van deze akte bij een notaris. De Hoge Raad kwam in dit arrest tot zijn oordeel op grond van de overweging dat de registratie-eis twee doelen dient. Ten eerste voorkomt deze eis antedatering van de onderhandse akte. Ten tweede werpt de eis een psychologische rem op tegen het opmaken van valse akten. Aan deze twee doelen wordt voldaan indien de rechter de verdeling vaststelt en deze in zijn uitspraak opneemt.

⁴⁶⁶ HR 27 oktober 1995, *NJ* 1998, 191, m.nt. C.J.H. Brunner (*Dorrepaal q.q./Corsmit Groep*). Zie voor een voorbeeld in het kader van inbreng van een eenmanszaak in een bv, waarbij wel aanwijzingen van het tegendeel bestonden: HR 29 oktober 2004, *NJ* 2004, 673 (*Tonnaer/Van Uden*).

⁴⁶⁷ Vgl. art. 3:300 BW, dat het voor reële executie noodzakelijk maakt dat de partij die reële executie wenst, dit vordert.

geen verdere problemen voor. Op basis van art. 1:99 lid 2 jo. art. 827 lid 1, aanhef en onder b, Rv, is het ook mogelijk om de vordering ex art. 3:185 BW in te stellen in de vorm van een nevenverzoek bij het verzoek dat ontbinding van de gemeenschap tot gevolg zal hebben.⁴⁶⁸ Dit roept de vraag op of in een dergelijke verzoekschriftprocedure ook een vordering tot reële executie kan worden behandeld. Immers, art. 3:300 BW spreekt van een vordering. Ik ben van mening dat dit mogelijk is. Art. 827 lid 1, aanhef en onder f, Rv maakt het mogelijk dat de rechter in een echtscheidingsprocedure een voorziening treft die niet in art. 827 lid 1 Rv wordt genoemd, mits deze voorziening voldoende samenhang vertoont met de echtscheiding en niet is te verwachten dat de behandeling van het echtscheidingsverzoek onnodige vertraging zal oplopen. Reeds voordat het bepaalde onder letter f in art. 827 lid 1 Rv werd opgenomen, oordeelde de Hoge Raad dat het mogelijk was om in een echtscheidingsprocedure te verzoeken om een verklaring voor recht dat partijen zullen overgaan tot een verevening van de pensioenen,⁴⁶⁹ terwijl in elk geval op dat moment nog werd aangenomen dat een verklaring voor recht niet in een verzoekschriftprocedure kon worden verzocht.⁴⁷⁰ De Hoge Raad motiveerde zijn oordeel onder andere met een beroep op het systeem van de wet (art. 827 Rv) en het belang van een efficiënte rechtsbescherming. Ik ben van mening dat deze argumenten ook gelden voor een ‘verzoek’ tot reële executie. Dit houdt in dat in een echtscheidingsprocedure zo nodig reële executie van de verdelingsbeschikking kan worden verzocht.

4.6 Welke procedure moet worden gevolgd?

422. De verdeling van een gemeenschap kan op twee manieren worden afgedwongen. Ten eerste door verkrijging van een rechterlijk bevel tot verdeling op basis van art. 3:178/180 BW. Ten tweede door vaststelling van de wijze van verdeling op basis van art. 3:185 BW. Aangezien deze artikelen spreken van ‘vorderen’ respectievelijk ‘vordering’, geldt als hoofdregel dat de dagvaardingsprocedure van toepassing is.

423. Deze regel kent een belangrijke uitzondering. De basis voor deze uitzondering wordt gevormd door art. 1:99 BW. Lid 1 van dit artikel somt de rechtsfeiten op die de huwelijksgemeenschap ontbinden. Dit zijn de dood van één van de echtelieden, de echtscheiding, de scheiding van tafel en bed, de opheffing van de gemeenschap bij beschikking (art. 1:109 e.v. BW) en latere huwelijkse voorwaarden. Lid 2 van dit artikel luidt:

⁴⁶⁸ Zie nr. 423-426.

⁴⁶⁹ HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999, 395, m.nt. J. de Boer.

⁴⁷⁰ Vgl. HR 10 januari 1974, *NJ* 1974, 282, m.nt. W.L. Haardt (*Van Bekkum/Punt*) en Boekman 1996, p. 76. Thans lijkt de Hoge Raad een ruimere opvatting te zijn toegedaan; zie HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 497, m.nt. J.B.M. Vranken (*Klomp/NS*).

‘Tezamen met een verzoek waarvan toewijzing ontbinding tot gevolg zal hebben kan reeds overeenkomstig titel 7 van Boek 3 een vordering worden ingesteld tot verdeling van de gemeenschap, tot gelasten van de wijze van verdeling en tot vaststelling van de verdeling, telkens voor het geval de gemeenschap wordt ontbonden.’

Dit artikel biedt de basis om gelijktijdig met een echtscheidingsverzoek, een verzoek tot scheiding van tafel en bed en een verzoek tot opheffing van de gemeenschap een verzoek tot verdeling van de gemeenschap te doen. De echtgenoten zijn hier echter niet toe verplicht. Zij kunnen er ook voor kiezen de zaak in een afzonderlijke dagvaardingsprocedure aanhangig te maken.⁴⁷¹ Op deze wijze wordt de echtscheidingsprocedure niet belast met verdelingsperikelen.

424. Op een echtscheidingsverzoek en een verzoek tot scheiding van tafel en bed zijn bovendien art. 815 tot en met 827 Rv van toepassing.⁴⁷² Voor deze verzoeken werkt art. 827 lid 1, aanhef en onder b, Rv de mogelijkheid om een vordering ex art. 3:178 of 185 BW als nevenverzoek in te dienen verder uit. Voor deze gevallen bepaalt art. 677 lid 4 Rv dat art. 677-680 Rv van overeenkomstige toepassing zijn. Dit betekent dat een nevenverzoek tot verdeling van de gemeenschap in principe niet anders wordt behandeld dan een zelfstandige vordering tot verdeling van de gemeenschap. Het bijzondere van deze nevenverzoeken is wel dat zij ook later in de procedure en zelfs voor het eerst in hoger beroep kunnen worden gedaan.⁴⁷³ Is een echtscheidingsprocedure of een procedure tot scheiding van tafel en bed eenmaal beëindigd, dan geldt weer de hoofdregel en moeten de echtgenoten de dagvaardingsprocedure volgen.

Andere gemeenschap tussen de echtgenoten

425. Tussen de echtgenoten kan ook een andere gemeenschap bestaan dan de huwelijksgemeenschap. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat de echtgenoten met uitsluiting van elke gemeenschap zijn gehuwd, maar wel samen een huis hebben gekocht en geleverd gekregen. Ook de verdeling van deze gemeenschap kan in de echtscheidingsprocedure of de procedure tot scheiding van tafel en bed aan de orde komen. De basis hiervoor is niet art. 1:99 lid 2 jo. art. 827 lid 1, aanhef en onder b, Rv, maar art. 827 lid 1 aanhef en onder f, Rv.⁴⁷⁴ Dit artikel stelt wel als vereiste dat er samenhang met het verzoek tot echtscheiding bestaat en dat de zaak niet nodeloos wordt vertraagd.

⁴⁷¹ In gelijke zin Breederveld 1993, p. 524, die ten onrechte meent dat de oude tekst van art. 1:99 lid 2 BW hieraan in de weg zou staan.

⁴⁷² Voor de procedure tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap geldt ingevolge art. 828 Rv hetzelfde.

⁴⁷³ HR 7 april 2000, *NJ* 2000, 377 (*Omgangsregeling*) en HR 23 februari 2001, *NJ* 2001, 237 (*Gezagsregeling*).

⁴⁷⁴ Zie hierover Doek 2008, art. 827, aant. 5 en 11.

Opheffing van de huwelijksgemeenschap

426. Het bovenstaande roept de vraag op welke procedure zou moeten worden gevolgd als opheffing van de huwelijksgemeenschap wordt verzocht (art. 1:109 BW). Het opheffingsverzoek zelf moet bij verzoekschrift worden ingediend. Aangezien er nu geen sprake is van een scheidingszaak, zijn op dit verzoek naast de gewone procedurevoorschriften art. 798-813 Rv van toepassing. Op basis van art. 1:99 lid 2 BW kan het verzoek tot verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap ook in deze procedure aan de orde komen. Mocht tussen de echtgenoten een andere – eenvoudige – gemeenschap bestaan, dan ontbreekt een artikel dat met art. 827 lid 1, aanhef en onder f, Rv correspondeert. Desondanks ben ik van mening dat ook de verdeling van een dergelijke gemeenschap aan de orde moet kunnen komen in de procedure tot opheffing van de gemeenschap.

Verkeerde procesgang

427. Voor zover onverhoopt een verkeerde procesgang wordt gekozen, kan dit gebrek eenvoudig worden geheeld door toepassing van de zogenoemde wisselbepaling van art. 69 Rv.⁴⁷⁵

4.7 Bevoegde rechter

428. In deze paragraaf ga ik in op de vraag welke rechter bevoegd is ten aanzien van een vordering die in het kader van de verdeling van de gemeenschap kunnen worden ingesteld. Ik ga achtereenvolgens in op de absolute (4.7.1), relatieve (4.7.2) en sectorcompetentie (4.7.3).

4.7.1 Absolute competentie

429. De rechtbank is op grond van art. 42 RO bevoegd.

4.7.2 Relatieve competentie

430. In de dagvaardingsprocedure geldt als hoofdregel dat de rechter van de woonplaats van de gedaagde bevoegd is (art. 99 lid 1 Rv). Waar het gaat om een gemeenschap van meer dan twee deelgenoten, zal deze bepaling al snel meer dan één bevoegde rechter aanwijzen. Art. 107 Rv laat het in deze situatie aan de eiser over om tussen deze rechters een keuze te maken. Waar het gaat om de gemeenschap van een nalatenschap, bepaalt art. 104 Rv dat tevens bevoegdheid toekomt aan de rechter van de laatste woonplaats van de overledene. Bevindt zich in de gemeenschap onroerend goed waarvan verdeling wordt gevorderd, dan is ook de rechter van de rechtbank binnen wiens rechtsgebied het onroerend

⁴⁷⁵ Zie Hof Amsterdam 5 januari 2006, *LJN* AV2755 voor een toepassing van art. 69 Rv op een verdelingsvordering.

goed is gelegen, bevoegd. In alle gevallen staat het de deelgenoten vrij om binnen de grenzen van art. 110 Rv een forumkeuze te doen.

431. Gaat het om een echtscheidingszaak, een scheiding van tafel en bed of een verzoek tot opheffing van de gemeenschap, dan is ingevolge art. 262 Rv in beginsel de rechter van de woonplaats van de verzoeker bevoegd. Het is de echtelieden toegestaan om een andere rechter met hun verzoek te adiëren (art. 270 Rv).

4.7.3 *Sectorcompetentie*

432. De vordering tot verdeling van een gemeenschap (art. 3:178/180) is een vordering van onbepaalde waarde. Het petitum strekt niet tot betaling van een geldsom. Dit geldt ook voor de vordering de wijze van verdeling te gelasten of de vordering verdeling vast te stellen (art. 3:185 BW). Deze vorderingen worden in beginsel door de sector civiel behandeld, tenzij er aanwijzingen zijn dat de vordering een waarde vertegenwoordigt van minder dan € 5.000 (art. 93, aanhef en onder b, Rv). In dat geval behandelt en beslist de kantonrechter de zaak.

433. Worden de vorderingen ex art. 3:178/180 of 185 BW ingesteld in een echtscheidingszaak in de vorm van een verzoekschrift, dan komt de kantonrechter geen bevoegdheid toe.

4.8 *Arbitrage of bindend advies mogelijk?*

434. Aan het beslechten van een geschil bij de overheidsrechter zijn nadelen verbonden. Het kan zijn dat partijen er de voorkeur aan geven hun geschil door middel van arbitrage of bindend advies te beslechten. Het is de vraag of dit bij een vordering tot verdeling van de gemeenschap ex 3:178 of 185 BW mogelijk is. Ik zou menen dat in beginsel arbitrage mogelijk is. Arbitrage is immers alleen uitgesloten als deze zou kunnen leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Dit is het geval als de zaak van openbare orde is of de berechting exclusief aan de overheidsrechter is opgedragen. In dit geval staan de rechtsgevolgen juist wel ter vrije bepaling van partijen. Partijen kunnen immers in beginsel de overeenkomst van toedeling elke inhoud geven die zij willen. Ook het feit dat de wet in art. 3:178, 180, en 185, alsmede art. 677-680 Rv spreekt van ‘de rechter’, dwingt niet tot de constatering dat deze vorderingen *exclusief* aan de overheidsrechter zijn opgedragen.⁴⁷⁶

435. Dit alles wordt anders als de verdeling op grond van art. 3:183 BW aan bijzondere vormvoorschriften is gebonden. In dat geval moet onderscheid wor-

⁴⁷⁶ Vgl. voor het familievermogensrecht, waartoe ook de verdeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap behoort, MvT, Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht, p. 111. Hof 's-Gravenhage 28 maart 1973, *NJ* 1973, 317, kwam op basis van het oude recht tot een ander oordeel.

den gemaakt tussen een vordering op basis van art. 3:178 BW en een vordering op basis van art. 3:185 BW. Bij de vordering op basis van art. 3:178 BW is in geschil of partijen verplicht zijn in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst van toedeling. Zouden partijen hierover een overeenkomst willen sluiten, dan is art. 3:183 BW niet van toepassing. Het wordt echter anders als de arbitrage een vordering op basis van art. 3:185 BW betreft. Deze vordering zou ertoe (kunnen) leiden dat de arbiters de inhoud van de overeenkomst van verdeling (deels) vaststellen. Art. 3:183 BW is op dit geval wél van toepassing, en zelfs tweemaal. Ten eerste is de arbitrageovereenkomst zélf onderworpen aan art. 3:183 BW, namelijk op basis van art. 6:226 BW, dat de zogenoemde voorovereenkomst regelt. Dit artikel bepaalt dat de overeenkomst die een partij verplicht een overeenkomst aan te gaan die aan een vormvoorschrift is onderworpen, ook zelf aan dat vormvoorschrift is onderworpen. De arbitrageovereenkomst verplicht de partijen (weliswaar door tussenkomst van de arbiter) een overeenkomst van toedeling aan te gaan. Ten tweede is ook het arbitraal vonnis onderworpen aan art. 3:183 BW, hetzij omdat het zelf weer een voorovereenkomst is voor zover de arbiter de wijze van verdeling gelast, hetzij omdat het een verdeling is voor zover de arbiter de verdeling vaststelt. Deze dubbele toepasselijkheid van de vormvoorschriften van art. 3:183 BW maakt arbitrage in dit geval niet aantrekkelijk.

436. Het feit dat de vorderingen tot verdeling van de gemeenschap door arbiters kunnen worden behandeld, betekent ook dat zij in beginsel door bindend advies kunnen worden beslecht. Hier geldt wel weer de voorwaarde van toetsing door de kantonrechter van de overeenkomst tot bindend advies en het bindend advies zelf, ingeval één of meer partijen niet het vrije beheer over hun vermogen hebben.⁴⁷⁷

4.9 Ook in kort geding?

437. In deze paragraaf behandel ik de vraag of de deelgenoten ook door tussenkomst van de kortgedingrechter tot een verdeling kunnen komen. Daarvoor dient uiteraard sprake te zijn van een spoedeisend belang. De vraag of hiervan sprake is, moet worden beantwoord naar de maatstaven die hiervoor in het algemeen in een kort geding worden gehanteerd. Ik ga hier op niet verder in. Ik ga wel in op twee bijzondere belemmeringen. Dit is ten eerste de vraag welke vorderingen in een kort geding kunnen worden ingesteld (4.9.1), en ten tweede de vraag of in een kort geding een partiële verdeling kan worden bewerkstelligd (4.9.2). Tot slot ga ik in op een alternatief voor een (partiële) verdeling, een bestuursregeling in kort geding (4.9.3).

⁴⁷⁷ In dit geval blijkt dat ook uitdrukkelijk uit art. 7:901 lid 1 BW.

4.9.1 Welke vorderingen in kort geding?

438. Algemeen wordt aangenomen dat de kortgedingrechter geen zuiver constitutieve vonnissen mag wijzen.⁴⁷⁸ Dit heeft gevolgen voor het antwoord op de vraag welke vorderingen in kort geding kunnen worden ingesteld. In de bodemprocedure kan op drie wijzen verdeling van de gemeenschap worden bewerkstelligd: door een bevel tot verdeling, door vaststelling van de verdeling door de rechter en door een bevel tot overneming van een gemeenschapsgoed op grond van art. 3:174 lid 2 BW. Het is de vraag of de regel dat in kort geding geen constitutieve uitspraak mag worden gewezen, in de weg staat aan één of meer van deze vorderingen.

439. Het bevel tot verdeling en het bevel tot overneming van een gemeenschapsgoed zijn beide condemnatoire uitspraken. Deze vorderingen kunnen dan ook in kort geding worden ingesteld.⁴⁷⁹ De vaststelling van de verdeling is echter een zuiver constitutieve uitspraak. Door het vonnis roept de rechter een nieuwe rechtstoestand in het leven. Dit zou betekenen dat in kort geding geen vaststelling van de verdeling kan worden gevorderd.⁴⁸⁰ In kort geding kan echter wél worden gevorderd dat de wederpartij ertoe wordt veroordeeld een verdelingsovereenkomst met een door de rechter bepaalde inhoud te sluiten. De naleving van dit vonnis kan, behalve door oplegging van een dwangsom, ook worden afgedwongen door toepassing van art. 3:300 BW. In dat geval bepaalt de rechter dat zijn vonnis in de plaats treedt van de verdelingsovereenkomst. Deze mogelijkheid bestaat ook in kort geding.⁴⁸¹ Hiermee kan via een omweg worden bereikt wat niet via de directe weg bereikbaar is. Zo bezien is er geen reden om aan te nemen dat in kort geding niet ook de directe weg, waarbij de kortgedingrechter de verdeling vaststelt, kan worden gevolgd. Dit betekent dat alle drie vorderingen die een verdeling van de gemeenschap opleveren, in kort geding mogelijk zijn.

4.9.2 Partiële verdeling

440. In kort geding zal vaak geen verdeling van de gehele gemeenschap worden geëist, maar slechts de verdeling van één of meerdere goederen.⁴⁸² Wordt

⁴⁷⁸ Zie o.a. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 335, HR 29 april 1966, *NJ* 1966, 301, m.nt. G.J. Scholten (*Van Rijnberk/Van Houten*); een uitzondering wordt gevormd door het opheffen van een beslag; zie HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 4 (*De Telegraaf/Ranzijn*) en nr. 929.

⁴⁷⁹ Zie impliciet voor het bevel tot overneming HR 21 juni 2002, *NJ* 2002, 420.

⁴⁸⁰ Breederveld 2001, p. 237 onder verwijzing naar Pres. Rb. Alkmaar 11 januari 2001, *KG* 2001, 47 en Keijser 2003, p. 186.

⁴⁸¹ Vgl. MvT Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1401. Zie ook HR 21 juni 2002, *NJ* 2002, 420.

⁴⁸² Soms zal worden gesproken van een voorschot. Een dergelijk voorschot moet echter worden beschouwd als een partiële verdeling; zie voetnoot 443.

partiële verdeling gevorderd, dan heeft de gedaagde het recht om te eisen dat de gehele gemeenschap wordt verdeeld. De verdeling van een gehele gemeenschap zal vaak te ingewikkeld zijn om in een kort geding te behandelen. Bovendien is het de vraag of voor een zo verstrekkende eis wel voldoende spoedeisend belang bestaat. Meent de rechter dat een vordering tot verdeling van de gehele gemeenschap in kort geding niet kan worden behandeld, dan moet hij de vraag beantwoorden of er een gewichtige reden bestaat voor de partiële verdeling. Bestaat deze reden, dan is de vordering toewijsbaar; bestaat deze reden niet, dan moet de vordering worden afgewezen. Zoals ik hierboven⁴⁸³ heb betoogd, moet de vraag of er een reden bestaat voor een partiële verdeling, worden beantwoord door een weging van de onderlinge belangen.

4.9.3 *Bestuursregeling als alternatief*

441. De reden dat in een kort geding een verdeling wordt gevorderd, zal vaak gelegen zijn in het feit dat voor één van de deelgenoten de noodzaak bestaat om op korte termijn over één of meer goederen van de gemeenschap te kunnen beschikken. In de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden van een gemeenschappelijke hond, een gemeenschappelijke auto enzovoort. Dit resultaat wordt bereikt door een (partiële) verdeling, maar ook door het vaststellen van een bestuursregeling. Door een bestuursregeling wordt de deelgenoot die een dringend belang heeft om over een goed te kunnen beschikken, geholpen.

442. Voor zover het gaat om het gebruik en het beheer van de goederen, vindt deze vordering haar grondslag in art. 3:168 lid 2 BW, waarin wordt bepaald dat de kantonrechter een regeling ten aanzien hiervan kan treffen. Voor zover de zaak spoedeisend is, komt deze bevoegdheid ook toe aan de kortgedingrechter.⁴⁸⁴ Voor zover het gaat om andere handelingen dan gebruiks- en beheershandelingen, biedt art. 3:168 lid 2 BW geen rechtsbasis voor de vordering. Voor andere handelingen dan gebruiks- en beheershandelingen bepaalt art. 3:170 lid 3 BW dat slechts de gezamenlijke deelgenoten hiertoe bevoegd zijn. Dit neemt niet weg dat de ene deelgenoot aan de andere deelgenoot een machtiging kan verlenen om deze handelingen te verrichten. Uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten kan voortvloeien dat de deelgenoten elkaar een dergelijke machtiging moeten verlenen. In een dergelijk geval kan de rechter, door toepassing van art. 3:300 BW, deze machtiging verlenen.

Gevolgen van de bestuursregeling

443. Een bestuursregeling leidt niet tot een verdeling. Een bestuursregeling leidt er wel toe dat een deelgenoot een aantal handelingen buiten de overige

⁴⁸³ Zie nr. 411.

⁴⁸⁴ Pres. Rb. Zwolle 23 september 1992, *KG* 1992, 258.

deelgenoten om kan verrichten. Hieronder kan onder omstandigheden ook ‘beschikken’ vallen. Dan wordt op grond van art. 3:167 BW hetgeen moet worden geacht voor dit goed in de plaats te treden, gemeenschappelijk.

444. Het voordeel van een bestuursregeling boven een partiële verdeling kan zijn dat een bestuursregeling de latere verdeling niet belast. Dit is anders bij een kortgedingvonnis waarin een verdeling wordt vastgesteld of een bevel tot overneming wordt gegeven. Als een dergelijk vonnis niet wordt aangetast door een rechtsmiddel of terzijde wordt gesteld door een andersluidend vonnis in de bodemprocedure, blijft het van kracht. Besluiten de deelgenoten vervolgens tot een verdeling die afwijkt van de verdeling die de rechter heeft bewerkstelligd, dan moet de overeenkomst, voor zover deze afwijkt van het kortgedingvonnis, niet als een verdeling worden aangemerkt.

5 Conclusie

445. In dit hoofdstuk is de verdeling van de gemeenschap onderzocht. Daarbij zijn drie vragen aan de orde gekomen. Allereerst wat verdeling van de gemeenschap is, vervolgens wanneer die verdeling kan worden afgedwongen en tot slot hoe de bij de gemeenschap betrokken partijen deze verdeling kunnen afdwingen.

446. Gebleken is dat indien de partijen de gemeenschap in onderling overleg verdelen de overeenkomst van verdeling als verdeling dient te worden aangemerkt. De overeenkomst van verdeling is de overeenkomst waarbij alle deelgenoten gezamenlijk regelen aan welke deelgenoot, al dan niet onder de verplichting een vordering uit overbedeling te voldoen, welke gemeenschappelijke goederen zullen worden toegedeeld, en waarbij zij ook kunnen regelen wie van hen draagplichtig zal zijn voor welke van de voor rekening van de gemeenschap komende schulden. Deze overeenkomst moet als verdeling in de zin van art. 3:182 BW moet worden gekwalificeerd. De overeenkomst van verdeling moet worden uitgevoerd door levering. Aan de verdeling moeten krachtens art. 3:195 BW alle deelgenoten, beperkt gerechtigden op een aandeel en privé-schuldeisers met een bevel tot verdeling deelnemen. Gebleken is dat dit voorschrift op een denkfout berust. Het voorschrift moet in die zin worden begrepen dat alle deelgenoten en alle gerechtigden op een aandeel in een gemeenschappelijk goed aan de levering van dat goed ter uitvoering van de verdeling deelnemen. De deelneming van de privé-schuldeiser met een bevel tot verdeling moet worden begrepen als de verklaring de verdeling niet op grond van de *actio pauliana* aan te tasten.

De tweede vraag die in dit hoofdstuk aan de orde kwam, was de vraag in welke gevallen de partijen die bij de gemeenschap zijn betrokken, de verdeling van de gemeenschap kunnen afdwingen. Als hoofdregel geldt hier dat verdeling van de

gemeenschap te allen tijde kan worden afgedwongen. Op deze hoofdregel bestaan wel de nodige uitzonderingen. Ik heb deze uitzonderingen geïnventariseerd in paragraaf 3.

De derde vraag die in dit hoofdstuk is behandeld, is de vraag hoe de verdeling van een gemeenschap kan worden afgedwongen. Hiervoor bevat de wet een sluitend stelsel. Ten eerste kan worden afgedwongen dat partijen met elkaar in onderhandeling treden over een te sluiten verdelingsovereenkomst. Dit gebeurt door middel van een vordering tot een bevel tot verdeling. Op deze manier worden partijen verplicht om met elkaar in onderhandeling te treden ten overstaan van een notaris. Weigert een partij haar medewerking aan deze onderhandelingen, dan kan voor hem een onzijdig persoon optreden. Komen partijen niet tot overeenstemming over de verdeling, dan kan de rechter de geschillen die partijen verdeeld houden, beslechten. Hij past hierbij een bijzondere norm toe. Hij weegt naar billijkheid de belangen van partijen en houdt rekening met het algemeen belang. Bij deze afweging houdt hij rekening met tal van factoren. Is eenmaal een verdeling tot stand gekomen, dan kan deze verdeling goederenrechtelijk worden geëffectueerd door reële executie. Een aantal van deze maatregelen kan ook via kort geding, arbitrage en bindend advies worden genomen. Deze laatste twee mogelijkheden stuiten wel op problemen als de overeenkomst van verdeling aan vormvoorschriften is gebonden.

III. HET STELSEL VAN CONSERVATOIRE MAATREGELEN

1 Inleiding

447. In het kader van (de verdeling van) de gemeenschap kent het Nederlands recht een stelsel van conservatoire maatregelen. Zowel het deelgenotenbeslag als het martiaal beslag vormen onderdeel van dat stelsel. In dit hoofdstuk bespreek ik dit stelsel en beantwoord ik de vraag hoe de beide verdelingsbeslagen in dit stelsel passen. Daartoe behandel ik achtereenvolgens de verschillende conservatoire maatregelen waaruit dit stelsel bestaat: ten eerste verzegeling (3), vervolgens boedelbeschrijving (4), gerechtelijke bewaring (5), bewind (6) en ten slotte verdelingsbeslag (7). De conservatoire maatregelen, behoudens het verdelingsbeslag, worden toegelicht volgens een vast stramien. Na een korte beschrijving van de maatregel behandel ik het doel ervan. Daarna wordt aandacht besteed aan de vraag op welke goederen deze maatregel kan worden toegepast en door wie daadwerkelijke toepassing van deze maatregelen kan worden uitgelokt. Bij de verdelingsbeslagen beperkt het geheel zich tot een rechtshistorische inleiding en de behandeling van de vraag naar het doel van beide verdelingsbeslagen. Andere vragen die ten aanzien van beide verdelingsbeslagen kunnen worden gesteld, komen in de komende hoofdstukken nog uitgebreid aan de orde. Voordat ik aan deze behandeling toekom, wijd ik eerst enkele beschouwingen aan het gevaar dat de deelgenoten en de andere bij de gemeenschap betrokken partijen kunnen lopen en het belang van conservatoire maatregelen (2). Ik sluit af met een conclusie (8).

2 Bevoegdheidsverdeling en conservatoire maatregelen

448. Het feit dat een bepaald goed tot een gemeenschap behoort, houdt voor de deelgenoten en andere bij de gemeenschap betrokken personen een bepaald risico in. In hoofdstuk I zijn de bevoegdheden van de deelgenoten ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen ter sprake gekomen. Deze bevoegdheden dienen ertoe het doel van de gemeenschap te verwezenlijken.⁴⁸⁵ De deelgenoten kunnen deze bevoegdheden echter ook gebruiken om de andere deelgenoten, of andere bij de gemeenschap betrokken partijen, te schaden. Zij kunnen goederen aan de gemeenschap onttrekken door over de goederen te beschikken, door ze te bezwaren, of door het verrichten van andere (feitelijke) handelingen als het verbergen of vernietigen van een goed. Ook niet-bestuursbevoegde deelgenoten kunnen goederen aan de gemeenschap onttrekken. Zij zijn daar weliswaar niet toe bevoegd, maar dikwijls stelt de feitelijke macht die de niet-bevoegde deelgenoten ten aanzien van de gemeenschapsgoederen genieten, hen in staat om net als de bestuursbevoegde deelgenoten een goed aan de gemeenschap te onttrekken.

⁴⁸⁵ Zie nr. 41-45.

Het behoeft geen betoog dat het niet de bedoeling is dat de deelgenoten hun bevoegdheden of feitelijke macht ten aanzien van de gemeenschapsgoederen gebruiken om deze aan de gemeenschap te onttrekken met als oogmerk om de overige deelgenoten of andere bij de gemeenschap betrokken partijen te schaden. Tussen de deelgenoten geldt de gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid,⁴⁸⁶ terwijl ten opzichte van de overige bij de gemeenschap betrokken partijen de deelgenoten aan de norm van maatschappelijke zorgvuldigheid zijn gebonden. Op grond van beide gedragsnormen geldt dat de deelgenoten zich dienen te onthouden van (bewuste) schading van de belangen van de overige deelgenoten en de andere bij de gemeenschap betrokken partijen.

449. Het materiële recht bevat twee mechanismen die naleving van deze norm moeten afdwingen, althans dienen om de gevolgen van schending van deze norm te redresseren. Allereerst kan worden gewezen op het beginsel van *doelgebondenheid* van de bevoegdheden die een deelgenoot ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen geniet. Op grond van dit beginsel worden handelingen die in strijd met het doel van de gemeenschap worden verricht, onbevoegd verricht.⁴⁸⁷ Het schaden van de belangen van de overige deelgenoten of andere bij de gemeenschap betrokken partijen, valt niet onder het doel van de gemeenschap. Ten tweede geldt dat dergelijke handelingen de handelende deelgenoot tot schadevergoeding verplichten. Deze schadevergoedingsverplichting zal bij sommige gemeenschappen kunnen worden gebaseerd op een bijzondere wetsbepaling. Als voorbeeld kan art. 1:164 BW dienen. Dit artikel voorziet in een schadevergoedingsverplichting voor de echtgenoot die na aanvang van het geding van echtscheiding, of in de zes maanden daarvoor de gemeenschap heeft benadeeld. Bij andere gemeenschappen moet worden teruggegrepen op de algemene regeling van de onrechtmatige daad of de wanprestatie.

450. Deze materieelrechtelijke mechanismen zullen echter niet elke deelgenoot weerhouden van normschendend gedrag. Bovendien bieden deze mechanismen niet in alle gevallen voldoende bescherming voor de overige deelgenoten of de andere bij de gemeenschap betrokken partijen. De wederpartij van de handelende deelgenoot wordt immers dikwijls beschermd en het onttrokken goed

⁴⁸⁶ Vgl. voor de eenvoudige en de liquidatiegemeenschappen art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 BW. Voor de huwelijksgemeenschap geldt op grond van art. 1:81 BW de norm van getrouwheid, hulp en bijstand. Bij de gemeenschappen waaraan een overeenkomst tussen de deelgenoten ten grondslag ligt, geldt deze norm, voor zover niet elders voorgeschreven (ook) op basis van art. 6:248 BW. Voor de gemeenschap van een rederij geldt op de voet van art. 8:162 BW de norm van redelijkheid en billijkheid. Voor de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw schrijft de wet niet *expressis verbis* de norm van redelijkheid en billijkheid voor. Deze norm is echter wel degelijk van toepassing; zie HR 30 oktober 1998, *NJ* 1999, 83 (*Van Gasteren/Beemster*) en Van Dam, Mijnsen & Van Velten 2002, nr. 351.

⁴⁸⁷ Zie nr. 41-49.

kan onvindbaar zijn. Een schadevergoedingsverplichting is alleen zinvol als er vermogen bestaat waarop deze verplichting kan worden verhaald. Vandaar dat de wet voorziet in conservatoire maatregelen die ertoe dienen het verbod op belangenschading kracht bij zetten. Deze conservatoire maatregelen bereiken dit doel, gelijk iedere conservatoire maatregel, op twee manieren. Ten eerste concretiseren deze maatregelen *ex ante* de algemene norm, zodat *ex post* eenvoudig is vast te stellen welke handeling als normschendend moet worden aangemerkt. Daarnaast verzwaren de conservatoire maatregelen de sanctie die staat op normschendend gedrag.

Dit alles is toe te lichten aan de hand van het voorbeeld van conservatoir verhaalsbeslag. Ook zonder dit beslag geldt de norm dat de schuldenaar de verhaalsmogelijkheden van zijn schuldeiser niet bewust mag ondermijnen. Deze norm wordt gesanctioneerd door de *actio pauliana* en de regeling van de onrechtmatige daad. De norm dat een schuldenaar de verhaalsmogelijkheden van zijn schuldeiser niet bewust mag ondermijnen, is echter weinig concreet. Vervreemdt de schuldenaar een goed aan een derde, dan zal de schuldenaar in veel gevallen niet duidelijk zijn dat hij daarmee zijn schuldeiser benadeelt, om de eenvoudige reden dat de schuldenaar in de regel niet weet niet dát en waarop zijn schuldeiser verhaal wil nemen en waaróp. Voor de derde geldt dit nog sterker. Doorgaans weet hij immers niet eens of en in welke mate zijn wederpartij schuldeisers heeft. Dit betekent dat het maar de vraag is of het instellen van de *actio pauliana* kans van slagen heeft.

Beslaglegging concretiseert het geldende verbod van ondermijning van verhaalsmogelijkheden. De schuldeiser maakt duidelijk dát hij voornemens is verhaal te nemen en waaróp. Daarmee wordt het duidelijk vast te stellen of een bepaalde handeling al dan niet normoverschrijdend is. Wordt een goed in weerwil van het beslag vervreemd, dan is het beroep op de blokkerende werking van het beslag veel eenvoudiger dan de *actio pauliana*. Conservatoir beslag leidt bovendien tot een verzwaring van de sancties die normoverschrijdend gedrag in het leven roept. Het ondermijnen van de verhaalsmogelijkheden van een schuldeiser wordt normaliter uitsluitend gesanctioneerd door de *actio pauliana* en de regeling van de onrechtmatige daad. Het onttrekken van een goed aan een beslag is strafbaar, levert een onrechtmatige daad op⁴⁸⁸ en kan in beginsel worden teruggedraaid op grond van de blokkerende werking van het beslag.

3 Verzegeling

451. Verzegeling is geregeld in art. 658 e.v. Rv. Verzegeling geschiedt door het aanbrengen van met een zegel van de verzegelende notaris voorziene stroken papier of linten op meubelen of deuren om daarmee het openen te verhinde-

⁴⁸⁸ HR 2 december 1994, NJ 1995, 746, m.nt. H.J. Snijders (*S.D.M./'s-Gravenhage*).

ren.⁴⁸⁹ Zo kan achteraf worden vastgesteld of iemand toegang tot de verzegelde goederen heeft gehad.⁴⁹⁰ Van de verzegeling wordt proces-verbaal opgemaakt dat aan de eisen van art. 662 Rv moet voldoen. De belangrijkste eis is dat in het proces-verbaal moet worden vermeld waar de zegels zijn geplaatst en welke goederen buiten de verzegeling zijn gebleven (art. 662, aanhef en onder 5°, Rv). Bovendien moeten de personen die te verzegelen goederen onder zich hadden, of die het huis bewonen alwaar verzegeling is gedaan, de eed afleggen dat zij niets hebben verduisterd, noch op de hoogte zijn van enige verduistering. Ook van deze eed moet in het proces-verbaal melding worden gemaakt (art. 662, aanhef en onder 7°, Rv).

3.1 *Doel van de verzegeling*

452. Het doel van de verzegeling is beperkt. Verzegeling dient als inleiding op de boedelbeschrijving. De verzegeling dient om te voorkomen dat gemeenschapsgoederen verdwijnen in de periode dat de deelgenoten nog niet door een boedelbeschrijving op de hoogte zijn van de grootte en samenstelling van de gemeenschap. Dit wordt duidelijk uit de memorie van toelichting bij art. 658 Rv, waarin wordt opgemerkt:

‘De maatregel van verzegeling strekt om te voorkomen dat zaken verdwijnen in een situatie dat belanghebbenden nog niet, bij voorbeeld door een boedelbeschrijving, bewijs in handen hebben dat zij er op het voor hun recht beslissende tijdstip nog waren. Krachtens artikel 666 lid 2 leidt de boedelbeschrijving dan ook in elk geval tevens tot ontzegeling. Wil men voorkomen dat bepaalde zaken, waarvan de aanwezigheid reeds is vastgesteld, verdwijnen, dan is niet verzegeling maar inbeslag-neming de daartoe geëigende maatregel. Tevens zal soms worden gedacht aan de onderbewindstelling van het nieuwe artikel 710.’⁴⁹¹

Hiermee is het doel van de boedelbeschrijving gewijzigd ten opzichte van het recht van vóór 1992. Onder dat recht had de Hoge Raad nog geoordeeld dat de verzegeling en de boedelbeschrijving maatregelen zijn van een ‘geheel verschillende strekking’. Volgens de Hoge Raad diende verzegeling om voor het behoud van de boedel te waken, terwijl de ontzegeling en de boedelbeschrijving tot doel hadden om:

‘tot kennis van den omvang van den behouden boedel te raken’.⁴⁹²

In de ogen van de Hoge Raad was het goed mogelijk dat schuldeisers van de nalatenschap of legatarissen wél verzegeling verlangen, maar niet verlangen om de:

⁴⁸⁹ Vgl. Cleveringa 1972, art. 658, aant. 3.

⁴⁹⁰ Vgl. Cleveringa 1972, art. 658, aant. 1 en Ktr. Amsterdam 16 mei 1956, *NJ* 1957, 56.

⁴⁹¹ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 285.

⁴⁹² HR 9 januari 1914, *NJ* 1914, 368 (*Brasser/Bos*).

‘hoegrootheid der nalatenschap nauwkeurig te kennen, overtuigd dat deze in ieder geval voldoende zal zijn tot uitbetaling der schulden of tot uitkeering der legaten.’⁴⁹³

In de visie van de wetgever van 1992 is dit niet meer het geval. Als een schuldeiser de verzegeling toepast, dan doet hij dit om een boedelbeschrijving af te dwingen. Daarna zal hij – zo nodig – verdere maatregelen moeten nemen.

Deze nieuwe zienswijze ten aanzien van de verzegeling is een betere. De verzegeling heeft verregaande consequenties. Dit maakt de verzegeling als conservatoire maatregel minder geschikt. Uitgangspunt van een conservatoire maatregel moet immers zijn dat deze de rechthebbende niet meer dan noodzakelijk in zijn bevoegdheden beperkt. Verzegeling treft altijd een geheel vermogen aan zaken. Het is een maatregel zonder onderscheid. Alle zaken die tot een bepaald vermogen behoren, worden aan de rechthebbende(n) onttrokken. Deze maatregel is alleen gerechtvaardigd wanneer degene die de verzegeling uitlokt, niet weet welke zaken tot het vermogen behoren. Zou hij dit wél weten, dan kan van hem worden gevorderd dat hij minder ingrijpende maatregelen neemt, zoals beslag, bewind en gerechtelijke bewaring. Daarnaast kan op het praktische bezwaar worden gewezen dat de schuldeiser die de gemeenschap doet verzegelen, betaling van zijn vordering uit de gemeenschap blokkeert zolang de verzegeling niet als gevolg van een boedelbeschrijving wordt opgeheven.

3.2 *Rechtsgevolgen van de verzegeling*

453. Het belangrijkste gevolg van verzegeling is dat achteraf kan worden vastgesteld dat iemand toegang heeft gehad tot de verzegelde zaken. Daarnaast zijn het verbreken van zegels en meeneed een misdrijf beide een misdrijf (art. 199 en 207 Sr).

3.3 *Welke goederen kunnen worden verzegeld?*

454. Een aan de verzegeling inherente beperking is dat de maatregel alleen roerende zaken kan betreffen. Vorderingen laten zich niet verzegelen. Onroerende zaken kunnen doorgaans niet worden verplaatst. De verzegeling van een onroerende zaak dient ter bewaring van de roerende zaken die zich in de onroerende zaak bevinden.

3.4 *Welke gemeenschappen kunnen worden verzegeld?*

455. Volgens art. 658 Rv is verzegeling alleen mogelijk van gemeenschappen waarop art. 3:189 lid 2 Rv van toepassing is. Daarnaast kan verzegeling van een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap worden verzocht in het kader van een procedure tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap (art. 1:110 BW en art. 768 Rv). Verzegeling kan dus niet worden

⁴⁹³ HR 9 januari 1914, NJ 1914, 368 (Brasser/Bos).

toegepast bij een eenvoudige gemeenschap,⁴⁹⁴ zelfs niet als deze uit meerdere goederen bestaat.

456. Hiermee is het toepassingsbereik van de verzegeling ingeperkt in vergelijking met het recht van vóór 1992. Onder het oude recht kon verzegeling worden toegepast bij alle gemeenschappen die vatbaar waren voor verdeling, dus óók bij de eenvoudige gemeenschap. De enige mogelijke uitzondering was de gemeenschap bestaande uit één goed.⁴⁹⁵ Art. 658 (oud) Rv was naar de letter genomen weliswaar alleen van toepassing op (de gemeenschap van) een nalatenschap, maar op grond van verschillende schakelbepalingen was de regeling van de verdeling van nalatenschappen ook van toepassing op de verdeling van andere gemeenschappen.⁴⁹⁶ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de toepasselijkheid van deze regels ook de toepasselijkheid van de regeling van verzegeling meebracht.⁴⁹⁷ Daarmee werden alle gemeenschappen die voor verdeling vatbaar waren, ook vatbaar voor verzegeling. Het belangrijkste voorbeeld van een gemeenschap die onder het oude recht wél en onder het nieuwe recht niet kan worden verzegeld, is ongetwijfeld de gemeenschap die bestaat tussen ongehuwd samenwoners.

Het is de vraag of het de bedoeling van de wetgever is geweest om de eenvoudige gemeenschap die uit meer goederen bestaat, van het middel van verzegeling uit te sluiten. Verzegeling heeft alleen zin bij een gemeenschap die uit meerdere goederen bestaat. In de oorspronkelijke voorgestelde regeling van titel 3.7 BW werd onderscheid gemaakt tussen een eenvoudige gemeenschap die uit meerdere goederen bestaat en een gemeenschap die uit meerdere goederen bestaat én bovendien een algemeenheid van goederen vormt. Volgens het niet-ingevoerde art. 3.1.1.11 NBW zou een hoeveelheid goederen een algemeenheid vormen,

‘indien zij volgens verkeersopvatting, gezien de aard van de rechtsverhouding, bijeen horen’.⁴⁹⁸

Volgens het oorspronkelijk voorgestelde art. 658 Rv zou verzegeling worden beperkt tot ‘[z]aken die tot een algemeenheid van goederen behoren’.⁴⁹⁹ In de memorie van toelichting wordt in dit kader opgemerkt:

⁴⁹⁴ Hidma 2008, art. 658 aant. 1.

⁴⁹⁵ Rb. Zutphen 2 april 1840, W. 164.

⁴⁹⁶ Zie art. 628 BW (oud) voor de zgn. ‘vrije mede-eigendom’, art. 1689 BW (oud) voor de ontbonden maatschap, art. 876t jo. 628 BW (oud) voor het in appartementsrechten gesplitste gebouw en art. 183 BW (oud) dan wel art. 1:100 lid 2 (oud) BW voor de ontbonden huwelijksgemeenschap.

⁴⁹⁷ HR 29 juni 1928, NJ 1928, 1639 (*De Brey/Larsen*).

⁴⁹⁸ Parl. Gesch. Boek 3, p. 97. Zie over het begrip ‘algemeenheid van goederen’ De Ruiter 1963.

⁴⁹⁹ Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 285.

‘De mogelijkheid tot verzegeling is beperkt tot zaken die tot een algemeenheid van goederen behoren. De maatregel van verzegeling strekt om te voorkomen dat zaken verdwijnen in een situatie dat belanghebbenden nog niet, bij voorbeeld door een boedelbeschrijving, bewijs in handen hebben dat zij er op het voor hun recht beslissende tijdstip nog waren.’⁵⁰⁰

Het is niet duidelijk waarom de wetgever aanvankelijk van mening was dat geen verzegeling (en boedelbeschrijving) nodig zou zijn bij een eenvoudige gemeenschap van meerdere goederen die niet als algemeenheid van goederen kan worden gekwalificeerd. Een verklaring zou kunnen zijn dat de wetgever ervan uitging dat van een algemeenheid van goederen betrekkelijk snel sprake zou zijn. Wellicht ging de wetgever ervan uit dat iedere gemeenschap die dermate veelomvattend is dat partijen een verzegeling c.q. boedelbeschrijving nodig hebben om de omvang nauwkeurig te kennen, ook te kwalificeren is als een algemeenheid van goederen. De hierboven aangehaalde gemeenschap van ongehuwde en samenwoners is in elk geval moeiteloos onder het begrip ‘algemeenheid van goederen’ te brengen.

De wetgever heeft ervoor gekozen de algemeenheid van goederen niet in te voeren. Deze beslissing heeft tot een aanpassing van art. 658 Rv geleid. Het artikel heeft toen zijn huidige vorm gekregen. Verzegeling is volgens dit artikel alleen mogelijk bij een liquidatiegemeenschap. Deze keuze wordt niet verder toegelicht.⁵⁰¹ Wellicht heeft de wetgever aansluiting gezocht bij het toepassingsbereik van afdeling 3.7.2 BW. Deze afdeling zou oorspronkelijk van toepassing zijn op een gemeenschap van een algemeenheid van goederen. Na schrapping van deze rechtsfiguur is deze afdeling alleen van toepassing op een liquidatiegemeenschap. Een andere reden zou kunnen zijn dat de wetgever hierbij ook heeft gedacht aan het feit dat verzegeling van een gemeenschap door de schuldeisers van de gemeenschap kan worden verzocht (art. 660 lid 1, aanhef en onder 4^o, Rv). Van schuldeisers van een gemeenschap is alleen sprake bij een liquidatiegemeenschap. Alleen een liquidatiegemeenschap heeft een afgescheiden vermogen.

Deze redenen rechtvaardigen de keuze van de wetgever echter niet. Tussen de ‘echte’ eenvoudige gemeenschap en de liquidatiegemeenschap staat de overgangsgemeenschap. Deze gemeenschap lijkt qua rechtsgevolgen sterk op de liquidatiegemeenschap. Het is niet direct in te zien waarom een dergelijke gemeenschap niet zou kunnen worden verzegeld, aangenomen dat het op het moment van verzegeling onduidelijk is welke goederen tot deze gemeenschap behoren. Ook het argument dat een eenvoudige gemeenschap geen afgescheiden

⁵⁰⁰ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 285.

⁵⁰¹ De wetgever volstaat met de vermelding dat de wijziging het gevolg is van het vervallen van de figuur van de algemeenheid van goederen; zie MvT Bezemwet Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 285 en 286.

vermogen heeft en er dus geen schuldeisers van de gemeenschap zijn aan te wijzen, lijkt mij niet doorslaggevend. Ten eerste kan een liquidatiegemeenschap worden verzegeld ongeacht het feit of daadwerkelijk van gemeenschaps-schuldeisers sprake is. Bovendien zal hieronder⁵⁰² blijken dat boedelbeschrijving ook kan worden uitgelokt door de privé-schuldeisers van de deelgenoten.

Voor mij zijn de aard en de strekking van de verzegeling doorslaggevend. Verzegeling dient ertoe te verzekeren dat de goederen die tot een nalatenschap of een gemeenschap behoren, bij de boedelbeschrijving nog aanwezig zijn. Deze boedelbeschrijving dient om vast te stellen welke goederen tot deze nalatenschap of gemeenschap behoren. Mijns inziens zou daarom verzegeling mogelijk moeten zijn in alle gevallen waarin een boedelbeschrijving mogelijk is. Hieronder zal ik nog uiteenzetten dat het mogelijk is om bij een eenvoudige gemeenschap boedelbeschrijving af te dwingen, door nakoming te vorderen van de informatieplicht.⁵⁰³ Verzegeling kan in dat geval op een vergelijkbare wijze worden bewerkstelligd. Indien de deelgenoten op basis van de redelijkheid en billijkheid gehouden zijn elkaar informatie te verschaffen over de grootte en samenstelling van de gemeenschap, dan is het mogelijk dat zij op basis van dezelfde redelijkheid en billijkheid gehouden zijn om af te zien van toegang tot de gemeenschapsgoederen totdat een boedelbeschrijving is opgemaakt. De deelgenoten kunnen in rechte nakoming van deze gedragslijn vorderen en zo nodig de vorderen dat de gemeenschap wordt verzegeld.

Hierbij doen zich twee problemen voor. Ten eerste is de vraag of nog wel sprake is van verzegeling ‘door of vanwege het bevoegd openbaar gezag’ in de zin van art. 199 Sr. Is dat namelijk niet het geval, dan kan de notaris kan wel zegels aanbrengen, maar verbreking van die zegels levert dan geen misdrijf op. Ten tweede is het beginsel van hoor en wederhoor hier spelbreker. Er ontbreekt een bepaling waarop een *ex parte*-behandeling van de zaak kan worden gegrond. Dit betekent dat met het aanbrengen van de zaak slapende honden worden waker gemaakt. De oplossing voor dit laatste probleem is wellicht het gieten van de vordering in de vorm van een verzoek aan de kantonrechter tot het treffen van een beheersregeling. Het maken van een boedelbeschrijving en het voorafgaand afzien van toegang tot de goederen kan immers zeer wel als ‘beheer’ worden gekwalificeerd. Indien het verzoek zodanig duidelijk en spoedeisend is dat de kantonrechter dit verzoek ‘aanstonds’, althans voorlopig, kan toewijzen, dan hoeft hij ingevolge art. 279 lid 1 Rv eventuele belanghebbende niet op te roepen.

⁵⁰² Zie nr. 462.

⁵⁰³ Zie nr. 475.

3.5 *Wie kunnen verzegeling verzoeken?*

457. De personen die verzegeling kunnen verzoeken, worden opgesomd in art. 660 lid 1 Rv. Het artikel noemt de personen die er direct belang bij hebben om te weten hoe groot de nalatenschap is, te weten de personen die de nalatenschap kunnen opeisen, de deelgenoten in een liquidatiegemeenschap en de beperkt gerechtigden op een aandeel in de liquidatiegemeenschap. Daarnaast noemt art. 660 lid 1, aanhef en onder 4^o, Rv de schuldeiser van de nalatenschap of de gemeenschap. Verder maakt het artikel mogelijk dat bepaalde derden tot verzegeling overgaan. Dit is het geval als personen die de nalatenschap kunnen opeisen, zoals deelgenoten of beperkt gerechtigden op een aandeel in de gemeenschap, hun belangen onvoldoende kunnen waarnemen omdat zij onbekwaam zijn en geen wettelijk vertegenwoordiger hebben of deze afwezig is. In dat geval kan de kantonrechter de nalatenschap of gemeenschap bovendien ambtshalve laten verzegelen (art. 661 Rv). In het geval van een nalatenschap opent art. 660 Rv nog voor enkele andere personen de mogelijkheid om de nalatenschap te laten verzegelen. Onder deze personen vallen onder anderen de langstlevende echtgenoot en de executeur. Art. 660 Rv noemt niet de legataris en de schuldeisers van de deelgenoten. Op enkele van de personen die verzegeling kunnen verzoeken, ga ik hieronder nader in.

Personen die de nalatenschap of de gemeenschap kunnen opeisen

458. Degene die de nalatenschap of de gemeenschap kan opeisen, kan krachtens art. 660 lid 1, aanhef en onder 1^o, Rv verzegeling uitlokken. Het gaat hierbij uitsluitend om degenen die de nalatenschap of de gemeenschap op grond van een goederenrechtelijk recht kunnen opeisen. Zo noemt de memorie van toelichting de enige erfgenaam van een nalatenschap of de vruchtgebruiker van de gehele nalatenschap.⁵⁰⁴ Dat verzegeling niet kan worden gevorderd door personen die de nalatenschap op grond van een persoonlijk recht tot levering kunnen opeisen, blijkt uit de memorie van toelichting bij art. 672 Rv.⁵⁰⁵ Dit artikel bepaalt welke personen een boedelbeschrijving kunnen uitlokken. Voor de beantwoording van deze vraag wijst het artikel deels terug naar art. 660 Rv. Daarnaast opent het artikel de mogelijkheid dat iemand ‘die op andere grond voldoende belang heeft’, een boedelbeschrijving kan uitlokken. Over deze laatste persoon vermeldt de memorie van toelichting:

‘Zo zal bijv. een voldoende belang bij een boedelbeschrijving kunnen worden aangenomen van hem die recht op levering van de algemeenheid van goederen heeft, hetzij op grond van een overeenkomst, waarbij de wederpartij zich tot deze levering

⁵⁰⁴ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 288.

⁵⁰⁵ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 288.

heeft verbonden, hetzij op grond van ontbinding van een overeenkomst op grond waarvan hij de algemeenheid aan zijn wederpartij heeft overgedragen.⁵⁰⁶

Met andere woorden: de minister gaat ervan uit dat een persoon met een recht op levering niet valt te zien als iemand die de nalatenschap kan opeisen als bedoeld in art. 660 lid 1, aanhef en onder 1^o, Rv. Deze persoon kan echter wel een boedelbeschrijving uitlokken, nu hij hiervoor ‘op andere grond een voldoende belang heeft’.⁵⁰⁷

Deelgenoten en beperkt gerechtigden op een aandeel in de gemeenschap

459. Blijkens art. 660 lid 1, aanhef en onder 1^o, Rv kunnen de deelgenoten en beperkt gerechtigden op een aandeel in de gemeenschap verzegeling verzoeken. Wie hieronder moeten worden verstaan, moge duidelijk zijn. Opgemerkt zij dat de beperkt gerechtigde op een aandeel *in een goed* uit de gemeenschap geen verzegeling kan vragen. Deze persoon weet immers welk aandeel in welke goederen met zijn beperkt recht is bezwaard. Hij heeft dus geen behoefte aan een boedelbeschrijving.⁵⁰⁸

460. Art. 660 lid 1, aanhef en onder 1^o, Rv stelt de eis dat deelgenoten en beperkt gerechtigden op een aandeel in de gemeenschap bevoegd zijn om verdeling te vorderen. Het is de vraag of deze bepaling zelfstandige betekenis heeft naast art. 658 Rv. Dit laatste artikel verklaart de regeling van de verzegeling immers alleen van toepassing op een liquidatiegemeenschap. Een eigenschap van een liquidatiegemeenschap is dat deze als hoofdregel altijd vatbaar is voor verdeling (art. 3:178 jo. art. 3:189 lid 2 BW). Als zelfstandige betekenis wordt toegekend aan de bepaling dat verdeling van de gemeenschap mogelijk moet zijn, dan zou bijvoorbeeld geen verzegeling kunnen worden verzocht indien geen verdeling kan worden gevorderd omdat één van de in art. 3:178 BW genoemde gronden daaraan in de weg staat.⁵⁰⁹ Verzegeling is dan bijvoorbeeld niet mogelijk als de onmiddellijk bij de verdeling betrokken belangen van een deelgenoot zwaarder zijn dan de belangen die door verdeling worden gediend (art. 3:178 lid 3 BW).

⁵⁰⁶ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 296.

⁵⁰⁷ Zie nr. 463 voor de vraag of de legataris valt onder de groep van personen die de nalatenschap kan opeisen.

⁵⁰⁸ Los hiervan zal in een liquidatiegemeenschap niet snel sprake zijn van een beperkt gerechtigde op een aandeel in een gemeenschappelijk goed. Bij zo'n gemeenschap kan zonder toestemming van de overige deelgenoten alleen een pand- of hypotheekrecht op een aandeel in een goed afzonderlijk worden gevestigd. Voor de vestiging van andere beperkte rechten is toestemming van de overige deelgenoten noodzakelijk (art. 3:190 lid 1 BW).

⁵⁰⁹ Zie over deze gronden nr. 305-323.

Ik ben van mening dat aan art. 660 lid 1, aanhef en onder 1^o, Rv geen zelfstandige betekenis toekomt. Zoals ik hierboven heb beschreven, was oorspronkelijk voorzien dat de regeling van verzegeling van toepassing was op een (gemeenschap van een) algemeenschap van goederen.⁵¹⁰ Hierbij maakte art. 658 Rv geen onderscheid tussen het geval waarin wél en het geval waarin geen verdeling kon worden gevorderd van de gemeenschap van een algemeenschap van goederen. Onder het oude recht was, zoals hierboven beschreven, verzegeling in beginsel alleen mogelijk als op de gemeenschap de regels van de verdeling van een nalatenschap van toepassing waren,⁵¹¹ met andere woorden: als de gemeenschap vatbaar was voor verdeling. Mijns inziens moet de bepaling dat verdeling van de gemeenschap kan worden gevorderd, in die zin worden begrepen. Deze opvatting wordt ook ondersteund door de volgende opmerking in de toelichting:

‘Men lette er echter op dat er bijzondere gevallen zijn waarin verzegeling in deze omstandigheden⁵¹² wel gevraagd kan worden, nl. ter zake van een nog niet ontbonden huwelijkse gemeenschap [...]; men zie de artikelen 808 en 825f.’⁵¹³

Kortom: de minister gaat ervan uit dat op een niet ontbonden huwelijksgemeenschap het oorspronkelijk voorgestelde art. 658 Rv van toepassing is en dat verzegeling dus mogelijk zou zijn, ware het niet dat verzegeling van een dergelijke gemeenschap op grond van art. 660 Rv niet mogelijk is. Nu art. 658 Rv het bereik van de regeling van verzegeling beperkt tot de liquidatiegemeenschap, is de bepaling dat de deelgenoot die verzegeling verzoekt, bevoegd moet zijn verdeling te vorderen, overbodig geworden. Dit wil echter niet zeggen dat ingeval de vordering tot verdeling is uitgesloten, altijd verzegeling moet worden toegestaan. Dit is niet het geval indien de deelgenoot die verzegeling verzoekt, misbruik maakt van zijn bevoegdheid. Dit is mogelijk het geval indien de verzoevende deelgenoot geen verdeling kan afdwingen, en daarmee ook geen, althans geen voldoende belang heeft bij de verzegeling.

Schuldeisers van de nalatenschap of de gemeenschap

461. Art. 660 lid 1, aanhef en onder 4^o, Rv bepaalt dat de schuldeisers van een nalatenschap of een gemeenschap verzegeling kunnen verzoeken. Wie de schuldeisers van een nalatenschap zijn, volgt uit art. 4:7 lid 1 BW. Wie de schuldeisers van een liquidatiegemeenschap zijn, volgt uit art. 3:192 BW. Een dergelijke schuldeiser kan alleen verzegeling verzoeken indien hij, in de woorden van art. 660 Rv:

⁵¹⁰ Zie nr. 456.

⁵¹¹ Zie nr. 456.

⁵¹² Bedoeld is de omstandigheid dat geen verdeling kan worden gevorderd, MLT.

⁵¹³ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 287. Vgl. voor de genoemde artikelen thans art. 768 Rv.

‘zonder de verzegeling ernstig gevaar zou lopen zijn vordering niet te kunnen verhalen.’

Privéschuldeisers van deelgenoten

462. De schuldeisers van een deelgenoot worden in art. 660 Rv niet genoemd als personen die de verzegeling kunnen verzoeken. Onder schuldeisers van de gemeenschap of de nalatenschap vallen immers niet de schuldeisers van een deelgenoot.⁵¹⁴ Net als onder het oude recht kunnen de schuldeisers van een deelgenoot dus geen verzegeling uitlokken. Hiervoor is geen goede reden aan te wijzen. De deelgenoot en de beperkt gerechtigde op een aandeel in de gemeenschap hebben het recht om verdeling te vorderen (art. 3:178 Rv). Hieraan koppelt de wetgever het recht om verzegeling uit te lokken. Waarom geldt dit niet voor het recht van de schuldeiser van een deelgenoot om verdeling te vorderen (art. 3:180 BW)? Het lijkt bijna zo dat de opsteller van art. 660 Rv wel art. 3:178 BW heeft gelezen, maar niet art. 3:180 BW. Hierbij is bovendien van belang dat de schuldeiser van een deelgenoot wél een boedelbeschrijving kan uitlokken indien hij daar voldoende belang bij heeft (art. 672 lid 1 Rv). Mijns inziens zou verzegeling daarom door een privéschuldeiser moeten kunnen worden verzocht. Voor hem zou wel dezelfde beperking moeten gelden als voor de schuldeiser van een gemeenschap.

Legataris

463. Art. 660 Rv noemt de legataris niet met zoveel woorden. Systematisch gezien valt de legataris onder de schuldeisers van de nalatenschap (vgl. art. 4:7 lid 1, aanhef en onder h, BW). Door het legaat verkrijgt de legataris immers slechts een persoonlijke vordering tot levering van de gelegateerde goederen. De legataris valt niet onder de personen die de nalatenschap kunnen opeisen. Immers, een persoonlijk recht op levering is onvoldoende om onder deze groep personen te worden geschaard. Het praktische belang hiervan is dat de legataris alleen verzegeling kan bewerkstellingen als hij stelt zonder de verzegeling het ernstige gevaar te lopen dat hij zijn vordering niet volledig kan verhalen (art. 660 lid 1, aanhef en onder 4^o, Rv).

Vermoedelijk is dit niet de bedoeling van de wetgever geweest. Ten tijde van het opstellen van de toelichting bij art. 660 Rv in 1981 werd namelijk op basis van een tweetal oude arresten van de Hoge Raad aangenomen dat de legataris door het legaat direct rechthebbende van de gelegateerde goederen werd.⁵¹⁵ Hij was dan ook bevoegd de nalatenschap te laten verzegelen.⁵¹⁶ Vermoedelijk heeft de wetgever deze lijn aangehouden bij het formuleren van art. 660 Rv. In 1984

⁵¹⁴ Hidma 2008, art. 660 aant. 1.

⁵¹⁵ HR 19 april 1861, W. 2268 en HR 4 maart 1881, W. 4622 (*Schreinemacher/Pullinks*).

⁵¹⁶ HR 9 januari 1914, NJ 1914, 368 (*Brasser/Bos*).

oordeelde de Hoge Raad echter dat door een legaat de legataris geen rechthabende van de gelegateerde goederen werd, maar dat daarvoor levering noodzakelijk was.⁵¹⁷ De wetgever heeft toen verzuimd om art. 660 Rv, of althans de toelichting daarbij, aan te passen aan de nieuwe leer ten aanzien van het legaat. Dit alles blijkt impliciet ook uit de toelichting bij art. 672 Rv. Daarin wordt de vruchtgebruiker van de nalatenschap als voorbeeld genoemd van een persoon die de nalatenschap kan opeisen en op die grond verzegeling kan verzoeken.⁵¹⁸ Het is niet waarschijnlijk dat reeds vóórdat de grootte en samenstelling van de nalatenschap bekend is, een vruchtgebruiker van die gehele nalatenschap *bestaat*. Vermoedelijk heeft de minister bij het opstellen van de toelichting gedacht aan de langstlevende echtgenoot die op grond van een zogenoemd vruchtgebruiktestament het vruchtgebruik van de nalatenschap van de overleden echtgenoot gelegateerd krijgt. Op grond van de oude rechtspraak van de Hoge Raad zou in dat geval de legataris direct, dat wil zeggen zonder levering, dit vruchtgebruik verkrijgen en daarmee de nalatenschap kunnen opeisen.

De vraag is nu of voor de legataris bij het verzoeken van verzegeling nu wél of niet moet stellen dat hij zonder verzegeling het ernstige gevaar loopt dat hij zijn vordering niet volledig kan verhalen. Mijns inziens dient hij dit te stellen. Verzegeling is een bijzonder ingrijpend middel en de wetgever is kennelijk van mening geweest dat, behoudens bijzondere omstandigheden, het inzetten van dit middel niet wordt gerechtvaardigd door een vordering tot levering. Wel zou ik willen opmerken dat het recht op levering dat is gebaseerd op een legaat niet geheel op één lijn kan worden gesteld met een recht tot levering dat is gebaseerd op een willekeurige rechtshandeling van de erflater of de deelgenoten. Een legaat behoort tot de uiterste wil van de overledene. Uitvoering van die wil is een groot goed. Bij de afweging of de vordering tot uitvoering van een legaat de verzegeling rechtvaardigt, moet de rechter dit belang mijns inziens meewegen.

Verzegeling op verzoek van derden

464. Art. 660 lid 1, aanhef en onder 2^o, Rv maakt het mogelijk dat de gemeenschap of de nalatenschap wordt verzegeld op verzoek van een derde die geen (wettelijk) vertegenwoordiger van de belanghebbende bij verzegeling is. Art. lid 1, aanhef en onder 1^o, Rv maakt het mogelijk dat verzegeling wordt verzocht door een bloed- of aanverwant van een persoon die de nalatenschap kan opeisen, respectievelijk verdeling daarvan kan vorderen, indien de wettelijk vertegenwoordiger van deze persoon ontbreekt dan wel afwezig is. De kantonrechter kan de boedel dan ook ambtshalve laten verzegelen (art. 661 Rv). Dat deze regeling juist bij de verzegeling geldt, mag geen verbazing wekken. Verzegeling

⁵¹⁷ HR 11 mei 1984, NJ 1985, 374, m.nt. W.M. Kleijn (*Verhoeven/Peters*).

⁵¹⁸ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 288.

is een bewarende maatregel die van oudsher wordt toegepast bij nalatenschappen. Het overlijden van een persoon kan er gemakkelijk toe leiden dat een bij de nalatenschap betrokken personen (tijdelijk) geen wettelijke vertegenwoordiger meer heeft. Het standaardvoorbeeld is het overlijden van de enige ouder, waardoor de minderjarige kinderen geen wettelijke vertegenwoordiger meer hebben. Opvallend is wel dat deze mogelijkheid ook geldt voor andere liquidatiegemeenschappen.

465. Het is opmerkelijk dat in deze gevallen niet ook het Openbaar Ministerie om verzegeling kan verzoeken. Een rol voor het Openbaar Ministerie zou hier niet misstaan. Het Openbaar Ministerie heeft immers wél een rol in andere gevallen waarin personen hun belangen onvoldoende kunnen waarnemen. Zo kan het Openbaar Ministerie onder andere een verzoek indienen tot het instellen van een curatele (art. 1:379 BW), een afwezigheidsbewind (art. 1:409 lid 1 BW) of een meerderjarigenbewind (art. 1:432 lid 2 BW). In Frankrijk en België, twee landen die ook de verzegeling kennen, kan de officier van justitie wél verzegeling uitlokken.⁵¹⁹ Een bevoegdheid voor het Openbaar Ministerie om in deze gevallen verzegeling te verzoeken, zou ervoor zorgen dat er ten minste één persoon bevoegd is om verzegeling te verzoeken en bij een afwijzende beschikking hoger beroep in te stellen. Nu moeten eventuele derden (waaronder het Openbaar Ministerie) de kantonrechter benaderen en hopen dat deze ertoe is te bewegen ambtshalve tot verzegeling over te gaan.⁵²⁰ Bij 'afwijzing' staat in een dergelijk geval geen hoger beroep open; een procedure die geen schoonheidsprijs verdient.

Andere personen met voldoende belang?

466. Hierboven kwam al zijdelings aan de orde dat het mogelijk is om een boedelbeschrijving uit te lokken als men daarbij voldoende belang heeft (art. 672 lid 1 Rv).⁵²¹ Het is opmerkelijk dat het voor een persoon met voldoende belang niet mogelijk is om de nalatenschap of de gemeenschap te laten verzegelen. Als immers het doel van de verzegeling is om veilig te stellen dat de goederen die tot de nalatenschap of de gemeenschap behoren bij de boedelbeschrijving nog aanwezig zijn, dan valt het niet in te zien waarom de personen die belang hebben bij de boedelbeschrijving niet ook verzegeling zouden kunnen vragen. Ik ben daarom van mening dat ook deze personen verzegeling moeten kunnen vra-

⁵¹⁹ Voor Frankrijk: art. 1304, aanhef en onder 4^o, NCPC, voor België: art. 1151 GWB. In België kan in deze gevallen bovendien ook de burgemeester of een schepen optreden.

⁵²⁰ Als alternatief kan ook worden gedacht aan de aanstelling van een tijdelijke wettelijk vertegenwoordiger, zoals de tijdelijke voogd (art. 1:296 BW) en de provisionele bewindvoerder bij curatele (art. 1:380 BW). Deze personen hebben echter veel verderstrekkende bevoegdheden.

⁵²¹ Zie nr. 458 en 462.

gen. Vanzelfsprekend moet in een dergelijk geval niet alleen worden getoetst of zij voldoende belang bij een boedelbeschrijving hebben, maar ook of zij voldoende belang bij de verzegeling hebben.

4 Boedelbeschrijving

467. Boedelbeschrijving is geregeld in art. 671 e.v. Rv. Boedelbeschrijving houdt kort gezegd in dat een proces-verbaal wordt opgemaakt dat moet voldoen aan de eisen van art. 674 Rv. De belangrijkste eis is dat in deze akte een korte beschrijving wordt opgenomen van alle tot de boedel behorende goederen en schulden (art. 674 lid 1, aanhef en onder 2^o, Rv). Opgemerkt zij dat de deelgenoten ook buiten de gevallen dat een boedelbeschrijving wordt verzocht, op grond van de redelijkheid en billijkheid zijn gehouden elkaar de nodige informatie over de stand van de gemeenschap te verschaffen.⁵²²

4.1 Doel

468. Het doel van de boedelbeschrijving is om alle partijen bij de boedelbeschrijving bewijs te verschaffen omtrent de grootte en samenstelling van de gemeenschap. Hiermee worden twee doelen gediend. Ten eerste is na het opmaken van een boedelbeschrijving verdeling van de gemeenschap eenvoudiger. Ten tweede kan na het opmaken van een boedelbeschrijving eenvoudiger worden vastgesteld of tot de gemeenschap behorende goederen zijn verdwenen.

4.2 Rechtsgevolgen

469. De boedelbeschrijving belet de deelgenoten niet om over de goederen te beschikken.⁵²³ De boedelbeschrijving leidt wel tot een akte die moet voldoen aan de eisen van art. 674 Rv. In beginsel wordt een boedelbeschrijving opgemaakt bij notariële akte. Deze kan de vorm hebben van een proces-verbaalakte of van een partijakte. Een boedelbeschrijving kan echter ook onderhands plaatsvinden indien alle partijen zich hiermee kunnen verenigen en bovendien het vrije beheer over hun vermogen hebben (art. 671 Rv). De rechtsgevolgen van de boedelbeschrijving verschillen al naar gelang deze in de vorm van een proces-verbaal, als een partijakte, of onderhands is opgemaakt.

Proces-verbaalakte

470. In haar meest basale vorm heeft de boedelbeschrijving de vorm van een proces-verbaalakte, waarin de notaris beschrijft welke zaken in het sterfhuis zijn

⁵²² Daarnaast kan voor de huwelijksgemeenschap worden gewezen op art. 1:98 BW. Na invoering van de derde tranche huwelijksvermogensrecht geldt tussen de echtgenoten op basis van art. 1:83 BW een nog ruimere informatieplicht.

⁵²³ Hugenholtz 1937, p. 16.

aangetroffen.⁵²⁴ Hierbij is van belang dat een notariële akte een authentieke akte is in de zin van art. 156 lid 2 Rv. De beschrijving van de notaris van de gevonden zaken is een verklaring omtrent de waarnemingen van de notaris en levert dus dwingend bewijs op ten opzichte van eenieder (art. 157 lid 1 Rv). Dit betekent dat met het vermelden van goederen tegenover eenieder dwingend bewijs bestaat *van het bestaan* van de zaken die in het sterfhuis zijn aangetroffen. Over de juridische status van deze goederen geeft een boedelbeschrijving in deze vorm geen uitsluitel. De vraag of de goederen behoren tot de boedel, tot het privévermogen van één der deelgenoten dan wel tot het vermogen van een derde, wordt niet beantwoord.

Notariële partijakte

471. Al onder het oude recht heeft zich de praktijk ontwikkeld dat de boedelbeschrijving niet louter een beschrijving door de notaris van de aangetroffen zaken bevatte, maar ook uitspraken van de deelgenoten over de juridische status van de aangetroffen goederen.⁵²⁵ In deze vorm is de boedelbeschrijving geen proces-verbaalakke meer, maar een partijakte. De akte bevat immers ook verklaringen van partijen.⁵²⁶ Het kan zelfs zo zijn dat de notaris niet meer zelf waarnemingen heeft gedaan, maar dat hij volledig is afgegaan op de verklaringen van partijen.⁵²⁷ Ten aanzien van het bestaan van de goederen levert de akte in deze vorm, mits de notaris op zijn eigen waarnemingen is afgegaan, nog steeds dwingend bewijs ten opzichte van eenieder op. Is de notaris ter zake afgegaan op de verklaringen van partijen, dan leveren deze verklaringen ten aanzien van het bestaan van de goederen slechts tussen partijen dwingend bewijs op ten aanzien van het bestaan van die goederen. De verklaringen van partijen ten aanzien van de juridische status van de goederen, leveren alleen tussen partijen dwingend bewijs van de waarheid van die verklaringen op (art. 157 lid 2 Rv).

472. De werking van een boedelbeschrijving hoeft niet tot een bewijsmiddel beperkt te blijven. Een partijakte moet immers worden ondertekend door alle partijen bij die akte (art. 37 lid 2 Wna). Het is dus goed verdedigbaar dat niet alleen de boedelbeschrijving tot stand komt, maar dat partijen ook een overeenkomst sluiten. In deze overeenkomst binden partijen zich, ter voorkoming van verdere geschillen, aan de vaststelling van de samenstelling van de gemeenschap zoals deze in de boedelbeschrijving is opgenomen. In dat geval krijgt de boedel-

⁵²⁴ Perrick 1996, nr. 434.

⁵²⁵ Perrick 1996, nr. 434. De deelgenoten zijn trouwens ook verplicht deze informatie te verschaffen. Zie voor de echtgenoten HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 338, m.nt. E.A.A. Luijten en art. 1:98 BW.

⁵²⁶ Vgl. art. 37 Wna.

⁵²⁷ Vgl. art. 673 Rv, dat uitdrukkelijk de mogelijkheid openlaat dat de notaris niet de te beschrijven zaken zelf in ogenschouw neemt.

beschrijving tevens het karakter van een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW).⁵²⁸ Of partijen enkel hebben willen vastleggen wat zij menen dat de juiste rechtstoestand is, dan wel dat zij verdere geschillen hebben willen voorkomen, is een kwestie van uitleg. Een boedelbeschrijving waarin alle partijen hebben verklaard dat een goed tot de boedel behoort, kan betekenen dat de partijen bedoelen dat er rechtsfeiten zijn die er naar hun mening toe hebben geleid dat het goed tot de gemeenschap is gaan behoren en dat zich nadien geen feiten hebben voorgedaan die ertoe zouden moeten leiden dat deze rechtstoestand is geëindigd. Het kan ook zijn dat partijen zich over en weer verbinden aan de rechtstoestand dat het goed daadwerkelijk deel uitmaakt van de gemeenschap. Of van de ene dan wel van de andere uitleg moet worden uitgegaan, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of partijen aan alle onzekerheid omtrent de samenstelling en omvang van de gemeenschap een einde hebben willen maken. Wordt de boedelbeschrijving notarieel opgemaakt, dan zal de voorlichting die de notaris heeft gegeven, ook een belangrijke rol spelen bij de uitleg van de boedelbeschrijving.

Onderhandse boedelbeschrijving

473. Een boedelbeschrijving kan onderhands worden opgemaakt indien alle partijen hiermee instemmen en zij alleen het vrije beheer over hun vermogen hebben (art. 671 Rv). In een onderhandse boedelbeschrijving komen uiteraard slechts partijverklaringen en geen verklaringen omtrent de waarnemingen van de notaris voor. Deze verklaringen vormen tussen partijen dwingend bewijs, op voorwaarde dat de boedelbeschrijving ondertekend is (art. 157 lid 2 jo. art. 156 lid 1 Rv). Ook een onderhandse boedelbeschrijving kan onder omstandigheden als vaststellingsovereenkomst worden aangemerkt. In dat geval geldt hetzelfde als hierboven voor boedelbeschrijving in de vorm van een notariële partijakte is opgemerkt.

4.3 Welke goederen?

474. Anders dan de verzegeling, treft de boedelbeschrijving in beginsel alle goederen (art. 674, aanhef en onder 2^o, Rv). Bovendien moeten ook schulden in de boedelbeschrijving worden opgenomen.

⁵²⁸ Anders Perrick 1996, nr. 434, die ten aanzien van het oude recht, meent dat geen vaststellingsovereenkomst tot stand komt, omdat tegenbewijs mogelijk blijft. Dit is een *petitio principii*. Of dit het geval is, is nu juist afhankelijk van het antwoord op de vraag of sprake is van een vaststellingsovereenkomst.

4.4 Welke gemeenschappen?

475. Net als verzegeling is ook boedelbeschrijving in beginsel alleen van toepassing op een liquidatiegemeenschap.⁵²⁹ In art. 672 Rv, het artikel dat de procedure regelt om tot boedelbeschrijving te komen, wordt immers verwezen naar art. 660 Rv. Dit laatste artikel is van toepassing op de verzegeling, die – zoals gezegd – alleen kan worden verzocht bij een liquidatiegemeenschap. Op grond van art. 768 Rv kan ook boedelbeschrijving van de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap worden verzocht.

Dat de keuze van de wetgever om boedelbeschrijving alleen bij liquidatiegemeenschappen toe te staan op een misverstand berust, behoeft, gezien mijn betoog bij de verzegeling,⁵³⁰ geen nader betoog. Ik ben echter van mening dat de voorschriften voor de boedelbeschrijving – zo nodig – analoog op de eenvoudige gemeenschap kunnen worden toegepast. Tussen de deelgenoten in een eenvoudige gemeenschap geldt, zoals eerder gezegd, de gedragsnorm van de redelijkheid en billijkheid. Op basis daarvan moeten zij elkaar ook de nodige inlichtingen verschaffen over de grootte en samenstelling van de gemeenschap.⁵³¹ Van deze verplichting kan zo nodig in rechte nakoming worden gevorderd (art. 3:296 BW).⁵³² Dit betekent dat de rechter de eiser kan machtigen om een betrouwbare derde, zoals een notaris, aan stellen om een beschrijving van de gemeenschap te maken. In dat geval kan de regeling van art. 671 e.v. Rv tot inspiratie dienen.

4.5 Wie kan een boedelbeschrijving uitlokken?

476. Art. 672 Rv kent aan een aantal personen die verzegeling kunnen verzoeken, ook het recht toe om een boedelbeschrijving uit te lokken. Verzegeling kan worden uitgelokt door de personen die de nalatenschap kunnen opeisen,

⁵²⁹ Zo ook Perrick 2007, nr. 104. Anders: Vlas 1991, p. 441 en Vlas 2003, inleidende aantekeningen bij art. 658-680, aant. 1.

⁵³⁰ Zie nr. 456.

⁵³¹ Zie nr. 467.

⁵³² Het is wel de vraag hoe deze vordering tot nakoming moet worden geduid. Indien de boedelbeschrijving als het beheer van de gemeenschap valt te kwalificeren, hetgeen goed verdedigbaar is, loopt deze vordering namelijk samen met het verzoek aan de kantonrechter om een beheerregeling te treffen (art. 3:168 lid 2 BW). In de rechtspraak wordt echter doorgaans aangenomen dat het verzoek ex art. 3:168 lid 2 BW ook in kort geding kan worden behandeld; vgl. Pres. Rb. Zwolle 23 september 1992, *KG* 1992, 358 en Vsr. Rb. Groningen 13 januari 2006, *LJN* AV3691. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2002/03, 28 863, nr. 3, p. 9, waar wordt opgemerkt dat de redactie van art. 254 lid 4 Rv wordt aangepast om duidelijker naar voren te laten komen dat in een kantonrechtterskortgeding de kantonrechter ook zaken kan behandelen die in een bodemprocedure als verzoekschrift zouden moeten worden ingesteld. Hieruit blijkt evenzeer dat ook de voorzieningenrechter bevoegd is om in kort geding verzoekschriftzaken te behandelen. Dit betekent dat in elk geval dan zich geen procedurele verwikkelingen voordoen.

namelijk de deelgenoten en de beperkt gerechtigden op een aandeel in de gemeenschap. In het geval van een nalatenschap kan de boedelbeschrijving bovendien worden uitgelokt door de langstlevende echtgenoot en door de executeur. Voor zover relevant zijn deze personen hierboven⁵³³ al besproken. In dit art. 672 Rv wordt het recht om een boedelbeschrijving uit te lokken niet toegekend aan de schuldeiser van een nalatenschap of van de gemeenschap, of aan de schuldeiser van een deelgenoot. Het artikel kent het recht om een boedelbeschrijving te verzoeken wél toe aan degene die ‘voldoende belang’ bij een boedelbeschrijving heeft. Hieronder kunnen ook de genoemde schuldeisers worden geschaard.⁵³⁴ Voor de goede orde zij opgemerkt dat degene die de boedelbeschrijving verzoekt, zijn recht hierop en zijn belang daarbij slechts summierlijk aannemelijk hoeft te maken (art. 672 lid 3 Rv). Dit houdt in dat een verzoek tot boedelbeschrijving snel wordt toegewezen.⁵³⁵

5 Gerechtelijke bewaring

477. Gerechtelijke bewaring is de inbewaringstelling van een zaak in handen van een derde (de bewaarder) op grond van een wettelijke bepaling, dan wel krachtens een in de vorm van een voorlopige voorziening gegeven rechterlijk bevel.⁵³⁶ Gerechtelijke bewaring van een gemeenschapsgoed kan zowel op basis van art. 709 Rv als art. 853 Rv tot stand komen. In het eerste geval moet de gerechtelijke bewaring worden verzocht aan de voorzieningenrechter. In het tweede geval moet de gerechtelijke bewaring in kort geding worden gevorderd. Het voordeel aan de eerste weg is dat art. 709 lid 3 Rv bepaalt dat het horen van de wederpartij achterwege kan blijven als ‘bijzondere omstandigheden eisen dat het bevel terstond wordt gegeven’.

5.1 Doel

478. Het doel van gerechtelijke bewaring is duidelijk. Het is een middel dat verder gaat dan beslag, dat de deelgenoten en andere bij de gemeenschap betrokken personen ten dienste staat om zich te beschermen tegen pogingen van een deelgenoot om zijn bevoegdheden en met name zijn feitelijke macht over een zaak te misbruiken. Door gerechtelijke bewaring verliest de deelgenoot alle feitelijke macht over een goed en daarmee alle mogelijkheden om deze feitelijke macht te misbruiken.

479. Aan de gerechtelijke bewaring zijn echter ook enkele belangrijke bezwaren verbonden. Het eerste bezwaar wordt gevormd door de kosten die aan

⁵³³ Zie nr. 457-466.

⁵³⁴ Zie voor de schuldeiser van een deelgenoot Perrick 1996, nr. 435.

⁵³⁵ Hof 's-Gravenhage 20 december 2006, *LJN AZ7345*, *NJF* 2007, 131.

⁵³⁶ De Boer 1994, p. 2, Rutgers 2002, Zevende titel. Enige bijzondere rechtsplegingen, Derde afdeling. Van gerechtelijke bewaring, aant. 1 en Smit 2001, nr. 55.1.1.

gerechtelijke bewaring zijn verbonden. Deze kosten moeten aanvankelijk door de deelgenoot die de bewaring heeft laten instellen, worden gedragen. Het tweede bezwaar is dat door gerechtelijke bewaring de feitelijke macht over de goederen wordt onttrokken aan alle deelgenoten, ook die deelgenoten die aan het instellen van de gerechtelijke bewaring part noch deel hebben. Het derde bezwaar is dat de deelgenoot die de gerechtelijke bewaring laat instellen, ook de feitelijke macht over de goederen aan zichzelf ontnemt.

5.2 *Rechtsgevolgen*

480. Gerechtelijke bewaring ontnemt de rechthebbende de feitelijke macht over een zaak. Daarmee wordt *de facto* ook het beschikken over de zaak onmogelijk gemaakt. Gerechtelijke bewaring ontnemt bovendien de rechthebbende de mogelijkheid de zaak te gebruiken of te beheren.

481. De bewaarder neemt de feitelijke macht over de zaak van de gerechtigde over. Hij is als enige in staat om de zaak te gebruiken en te beheren. De bewaarder is in principe niet gerechtigd om de zaak te gebruiken.⁵³⁷ Op deze regel bestaan uitzonderingen. De bewaarder moet namelijk als een goed bewaarder voor de zaak zorg dragen (art. 7:602 BW jo. art. 856 Rv). Op grond van deze zorgplicht is de bewaarder soms gehouden het beheer op zich te nemen. Voor zover dit beheer tevens is te kwalificeren als gebruik, maakt art. 7:603 lid 1 BW de bewaarder expliciet bevoegd de zaak te gebruiken. Dit artikel bepaalt namelijk dat het de bewaarder is toegestaan de zaak te gebruiken als dit nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen. De parlementaire geschiedenis noemt hier het voorbeeld van een rijpaard dat moet worden afgereden.⁵³⁸ De bewaarder kan op grond van zijn zorgplicht ook verplicht zijn om andere beheershandelingen te verrichten. Dit gaat zelfs zo ver dat de bewaarder over de zaak mag beschikken, mits dit beschikken maar onder noodzakelijk beheer valt te scharen. Dit blijkt uit het arrest Verbeeck/De Lint.⁵³⁹ In de casus die aan dit arrest ten grondslag lag, was op een stapel mestvee sequestratie, het equivalent van gerechtelijke bewaring van vóór 1992, toegepast. De bewaarder had deze veestapel afgemest en verkocht voor de slacht. De Hoge Raad oordeelde dat op de bewaarder de verplichting rust om voor de in bewaring genomen zaak te zorgen ‘als een goed huisvader’ en dat deze verplichting kan meebrengen dat de bewaarder het in bewaring genomen vee afmest en voor de slacht verkoopt.

482. De bewaarder neemt echter niet alle beheer over de zaak over. Hij moet alleen het beheer overnemen voor zover dit uit zijn zorgplicht volgt. Als vuistregel kan dienen dat de bewaarder in de gevallen van art. 3:170 lid 1 BW bevoegd

⁵³⁷ Art. 7:603 lid 1 BW jo. art. 856 Rv en De Boer 1994, p. 121.

⁵³⁸ TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 397.

⁵³⁹ HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 571, m.nt. H.J. Snijders (*Verbeeck/De Lint*).

is. Dit is met name het geval als de zaak in waarde dreigt te verminderen of de kosten van de bewaarneming onevenredig dreigen op te lopen. Voor het overige heeft gerechtelijke bewaring tot gevolg dat beheer niet geschiedt wanneer dit niet strikt noodzakelijk is. De bewaarder van een huis zal wel een ingeslagen raam moeten vervangen om schade te voorkomen, maar hoeft niet het binnenwerk te (laten) schilderen. De bewaarder van een huis dat door de gerechtigde wordt verhuurd, is al helemaal niet bevoegd dit huis opnieuw te verhuren als de huidige huurder de huur opzegt. Hij hoeft er niet voor te zorgen dat het huis maximaal blijft renderen. De bewaarder kan wel weer een (tijdelijk) huurcontract afsluiten als dit noodzakelijk is om waardedaling of beschadiging, bijvoorbeeld als gevolg van kraak, te voorkomen.⁵⁴⁰

483. Een belangrijk aspect bij gerechtelijke bewaring is gelegen in de kosten die met deze maatregel zijn gemoeid. De kosten van een conservatoir beslag blijven meestal betrekkelijk beperkt. Bij gerechtelijke bewaring volgt uit art. 7:601 lid 1 BW dat de bewaarder recht op loon heeft. Aangezien het uitgangspunt is dat een professionele bewaarder wordt aangesteld,⁵⁴¹ kunnen deze kosten behoorlijk oplopen. De vraag wie deze kosten (uiteindelijk) moet betalen, is dus van groot belang.

484. Krachtens art. 857 lid 1 Rv moeten de kosten worden betaald door degene die het bevel tot bewaring heeft doen geven of heeft uitgelokt. Dit betekent dat de deelgenoot die het bevel tot bewaring heeft uitgelokt, zelf de kosten van de bewaring moet voldoen. Art. 857 lid 2 Rv houdt de mogelijkheid open dat degene die de kosten moet betalen, regres kan nemen op een derde. Het is dus mogelijk dat de deelgenoot zijn kosten kan verhalen op de overige deelgenoten. Voor het antwoord op de vraag wanneer regres mogelijk is, is art. 706 Rv bij wege van analogie van toepassing. Art. 706 Rv bepaalt dat de beslaglegger de kosten van een beslag, al dan niet in de hoofdzaak, kan verhalen, tenzij het beslag nietig, onnodig of onrechtmatig was. Uit deze norm volgt dat de deelgenoot die overweegt gerechtelijke bewaring in te stellen, goed moet overwegen of dit echt noodzakelijk is. Gerechtelijke bewaring beperkt de rechten van de overige deelgenoten veel verder dan beslag dit doet. Dit houdt in dat gerechtelijke bewaring veel eerder onrechtmatig kan zijn. Bovendien moet de deelgenoot uiteraard ook overwegen of de gerechtelijke bewaring wel werkelijk nodig is. Is dit niet het geval, dan kan hij ook geen regres nemen.

⁵⁴⁰ Dit 'tijdelijk huurcontract' zou wellicht onder omstandigheden als onderbewaargeving als bedoeld in art. 7:603 lid 2 BW kunnen worden gekwalificeerd. Tot onderbewaargeving is de bewaarder in beginsel niet gerechtigd, tenzij dit in het belang van de bewaargever noodzakelijk is.

⁵⁴¹ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 347 en Smit 2001, nr. 55.6.5.

5.3 *Welke goederen?*

485. Gerechtelijke bewaring kan op basis van art. 709 Rv worden toegepast op alle roerende zaken niet-registergoederen, die reeds in beslag zijn genomen of zullen worden genomen. Dit betekent dat gerechtelijke bewaring mogelijk is in alle gevallen waarin in het zicht van de verdeling beslag mogelijk is, dit wil zeggen bij van maritaal beslag of deelgenotenbeslag en bij verhaalsbeslag op een gemeenschapsgoed door een schuldeiser van de deelgenoten. Ook gerechtelijke bewaring van een aandeel in een goed is mogelijk. Dit moet worden vormgegeven door de feitelijke macht over het gemeenschappelijke goed die toekomt aan de beslagen deelgenoot, te laten uitoefenen door de bewaarder.

486. Op basis van art. 853 Rv kunnen alle zaken in gerechtelijke bewaring worden genomen. Dit betekent dat alle gemeenschappelijke zaken voor gerechtelijke bewaring in aanmerking komen. Op basis van dit artikel kunnen dus óók onroerende zaken in gerechtelijke bewaring worden genomen.⁵⁴²

5.4 *Welke gemeenschappen?*

Gerechtelijke bewaring op basis van art. 709 Rv is mogelijk van roerende zaken waarop beslag is of zal worden gelegd. Dit betekent dat in het kader van de verdeling alleen gemeenschapsgoederen op basis van art. 709 Rv in gerechtelijke bewaring kunnen worden genomen indien die goederen ook vatbaar zijn voor verdelingsbeslag. Op basis van art. 853 Rv is ook gerechtelijke bewaring mogelijk van andere goederen. Het is dus niet uit te sluiten dat reeds voordat een bijzondere gemeenschap voor verdeling vatbaar is, goederen die tot die gemeenschap behoren in gerechtelijke bewaring worden genomen.

5.5 *Wie kan gerechtelijke bewaring uitlokken?*

487. De gerechtelijke bewaring van art. 709 Rv kan worden verzocht door degene die verlof vraagt om goederen in beslag te nemen of deze reeds in beslag heeft genomen. Dit betekent dat deze vorm van gerechtelijke bewaring kan worden gevraagd door iedereen die maritaal beslag, deelgenotenbeslag of een verhaalsbeslag op de gemeenschapsgoederen kan leggen. Dit zijn de echtgenoten, de deelgenoten, de beperkt gerechtigden op een aandeel, de schuldeisers van een deelgenoot en de schuldeisers van de gemeenschap.

488. Zoals reeds gezegd, kan gerechtelijke bewaring ook worden gevorderd op grond van art. 853 Rv. Art. 853 Rv stelt geen verdere eisen aan de persoon die gerechtelijke bewaring vordert. Aangezien deze vorm van gerechtelijke bewaring in kort geding moet worden gevorderd, zal het antwoord op de vraag of

⁵⁴² De Boer 1994, p. 2 en Bosch-Boesjes 2008, Inleidende opmerkingen bij art. 853 e.v., aant. 6.

een concrete persoon gerechtelijke bewaring kan vorderen, afhangen van een belangenafweging tussen de belangen van deze persoon en de belangen van de deelgenoten die geen gerechtelijke bewaring wensen. Mits de persoon die gerechtelijke bewaring vordert, belangen heeft die zwaarder wegen dan die van de deelgenoten, kan hij met succes gerechtelijke bewaring vorderen. Tot deze personen moeten mijns inziens in elk geval de personen worden gerekend die reeds met succes beslag op een gemeenschappelijke onroerende zaak hebben gelegd.

6 Bewind

489. In het kader van de verdeling van de gemeenschap bestaan twee bewindstypen. Allereerst biedt art. 3:168 lid 2 BW de mogelijkheid dat, als een gebruiks- of beheersregeling ontbreekt, een gemeenschappelijk goed op verzoek van de meest gereede partij door de kantonrechter onder bewind wordt gesteld. Dit bewind zal ik hierna aanduiden als het *beheerbewind*. Dit bewind is in beginsel niet conservatoir van aard. Het bewind dient ertoe in de leemte van de afwezigheid van een gebruiks- en beheersregeling te voorzien. Na instelling blijft het bewind in principe ongelimiteerd liggen. Naast art. 3:168 lid 2 BW opent art. 710 Rv de mogelijkheid om een bewind in te stellen gedurende de tijd dat wordt beslist over de vraag aan wie een goed toekomt. Dit bewind is conservatoir van aard. Ik zal het daarom aanduiden als *conservatoir bewind*. Wanneer is beslist over de vraag aan wie het goed toekomt, dan doet de bewindvoerder de goederen toekomen aan degene die hierop krachtens de uitspraak recht heeft. Op dat moment eindigt het bewind.

490. In het zicht van de verdeling zijn vaak beide bewindvormen mogelijk. Een conservatoir bewind is mogelijk wanneer er een geschil bestaat over de vraag aan wie het goed toekomt. Een beheersbewind is mogelijk indien een gebruiks- of beheersregeling ontbreekt. Zelfs wanneer een dergelijke regeling niet ontbreekt, zal in een dergelijke regeling vaak geen rekening zijn gehouden met de situatie die in het licht van verdeling ontstaat. Dit betekent dat de bestaande regeling voor aanvulling in aanmerking komt of op grond van onvoorziene omstandigheden kan worden gewijzigd. Op deze grond kan dan alsnog een bewind worden ingesteld.

6.1 Doel

491. Het doel van het bewind is het voorzien in een goed beheer van de gemeenschappelijke goederen, als dit door een geschil tussen de deelgenoten achterwege blijft. Op deze wijze wordt gegarandeerd dat de waarde van de goederen voor de deelgenoten en de andere bij de gemeenschap betrokken partijen behouden blijft.

6.2 *Rechtsgevolgen*

492. De regeling van beide bewindstypen verschilt. Art. 3:168 lid 5 BW verklaart een aantal bepalingen van het testamentair bewind van toepassing, terwijl art. 710 lid 5 Rv een aantal bepalingen uit het meerderjarigenbewind van toepassing verklaart. Dat dit geen principieel verschil is, blijkt uit het feit dat zowel art. 3:168 lid 5 BW als art. 710 lid 5 Rv de vrije hand geven aan de rechter die het bewind instelt. Art. 3:168 lid 5 BW maakt dit duidelijk door de woorden ‘voor zover de kantonrechter niet anders bepaalt’, art. 710 lid 5 Rv bevat een vergelijkbare bepaling en voegt daaraan nog toe dat de voorzieningenrechter voor het bewind zodanige voorschriften kan geven als hij dienstig acht.

493. Hieronder behandel ik de rechtsgevolgen van het beheerbewind en het conservatoir bewind. Eerst bespreek ik de gevolgen voor de aan het gemeenschappelijk goed verbonden bevoegdheden: de mogelijkheid van gebruik en beheer en de mogelijkheid tot het verrichten van handelingen die noch als gebruik noch als beheer kunnen worden gekwalificeerd. Daarna ga ik in op de gevolgen van overtreding van het bewind voor derden. Bij dit alles onderzoek ik steeds wat de uitwerking van de standaardregeling is. Vervolgens onderzoek ik in welke mate de rechter hiervan kan afwijken.

Gebruik

494. Noch de standaardregeling van het beheerbewind, noch die van het conservatoir bewind regelt iets over de gebruiksbevoegdheden van de deelgenoten. Het ontnemen van het gebruik aan de rechthebbende is ook niet het doel van een bewind. Toch lijkt het niet uitgesloten dat de rechter de mogelijkheid heeft om de gebruiksbevoegdheden van de deelgenoten te beperken. Op basis van art. 3:168 lid 2 BW kan de rechter in elk geval het gebruik van een gemeenschappelijk goed regelen. Niets staat eraan in de weg dat hij de bewindvoerder hierin een rol toekent. Ook bij bewind op de voet van art. 710 Rv kan de rechter de bevoegdheid van de rechthebbende om het goed te gebruiken, beperken. Het doel van dit bewind is immers om te waarborgen dat het onder bewind gestelde goed in goede staat het vermogen van de uiteindelijk rechthebbende bereikt.⁵⁴³

Beheer

495. De kern van een bewind is dat het beheer over een goed niet aan de rechthebbende, maar aan de bewindvoerder toekomt. Bij beide bewindstypen komt het beheer van de onder bewind gestelde goederen toe aan de bewindvoerder (art. 710 lid 5 Rv jo. art. 1:438 lid 1 BW en art. 3:168 lid 5 jo. art.

⁵⁴³ Bovendien moet een geschillenbewind net als gerechtelijke bewaring op grond van art. 853 Rv in kort geding worden gevestigd. Er is geen bezwaar tegen om de bewindvoerder ook tot bewaarder te benoemen.

4:166 BW). Het verschil is wel dat onder een beheerbewind, in tegenstelling tot een conservatoir bewind, de deelgenoten bevoegd blijven tot het verrichten van beheer voor zover deze handelingen vallen onder art. 3:170 lid 1 BW. Die handelingen betreffen bijvoorbeeld het verrichten van gewoon onderhoud en handelingen die geen uitstel kunnen lijden. Het staat de rechter bij beide bewindsvormen vrij om slechts bepaalde beheershandelingen aan de bewindvoerder op te dragen. Voor de goede orde zij opgemerkt dat beheer kan meebrengen dat over de goederen wordt beschikt. De bewindvoerder is daar dan toe bevoegd.⁵⁴⁴

Overige handelingen

496. Voor beide bewindstypen geldt dat de respectievelijke standaardregelingen geen regeling bevatten voor handelingen als bedoeld in art. 3:170 lid 3 BW: de handelingen die noch als gebruik noch als beheer kunnen worden gekwalificeerd. Onder deze categorie vallen onder andere de beschikkingshandelingen die niet tevens als beheershandelingen kunnen worden gekwalificeerd. Dit betekent dat op grond van art. 3:170 lid 3 BW de gezamenlijke deelgenoten bevoegd blijven deze handelingen te verrichten.

De reden voor het voortleven van deze bevoegdheid is bij het beheerbewind een andere dan bij het conservatoir bewind. Bij het beheerbewind is de gedachte dat dit de leemte van het ontbreken van een gebruiks- en beheersregeling moet opvullen. Een dergelijke regeling zou niet de bevoegdheden van art. 3:170 lid 3 BW omvatten, dus in het standaardgeval hoeft hierin ook niet te worden voorzien. Bij het conservatoir bewind is de gedachte dat het beperken van de beschikkingsmacht van de rechthebbende in de regel zal verlopen via een conservatoir beslag.

Het voorgaande betekent dat de rechter uitsluitend op basis van art. 710 Rv de bevoegdheden van art. 3:170 lid 3 BW aan de bewindvoerder kan opdragen, of kan bepalen dat de deelgenoten slechts in samenspraak met de bewindvoerder deze handelingen kunnen verrichten.⁵⁴⁵ In dat geval krijgt het bewind ook een vergelijkbare werking met het beslag. In het geval van een bewind op de voet van art. 3:168 BW ontbeert de rechter deze bevoegdheid. Zijn bevoegdheid is beperkt tot het voorzien in een alternatief voor de beheersregeling van art. 3:168 lid 1 BW. Nu de bevoegdheden waarop art. 3:170 lid 3 BW ziet, niet vallen onder het beheer in de zin van art. 3:168 lid 1 Rv, vallen deze bevoegdheden buiten die van de rechter op grond van art. 3:168 lid 2 BW.

⁵⁴⁴ Vgl. art. 3:170 lid 2 BW en TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 581; zie ook HR 21 november 2008, *RvdW* 2008, 1054, *Ars Aequi* 2009, 44, m.nt. A.J.M. Nuytinck.

⁵⁴⁵ Zie voor een voorbeeld Hof Leeuwarden 30 november 2005, *LJN* AU8195 (hoger beroep van Rb. Leeuwarden 10 november 2004, *LJN* AR5884, *NJF* 2005, 118). Beide uitspraken werden gewezen in het kader van zaak die ten grondslag lag aan HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483, m.nt. J. de Boer (*Notariszoon*).

Rechtsgevolgen voor derden

497. De gevolgen van het door de deelgenoten onbevoegd verrichten van de hierboven behandelde handelingen, verschillen al naar gelang het antwoord op de vraag of het gaat om een beheerbewind dan wel een conservatoir bewind. In beide gevallen is het gevolg van een onbevoegd verrichte handeling de ongeldigheid van deze handeling. In beide gevallen geldt dat deze ongeldigheid niet tegen de wederpartij kan worden ingeroepen als deze te goeder trouw is. Het lijkt echter erop dat de bewijslast van deze goede trouw bij een beheerbewind op grond van art. 3:168 lid 5 jis. art. 4:168 BW en 150 Rv op de wederpartij rust, terwijl deze bewijslast bij een conservatoir bewind op grond van art. 710 lid 5 Rv jis. art. 1:439 en art. 150 Rv op de bewindvoerder rust.⁵⁴⁶ Dat dit een beheerbewind aantrekkelijker maakt, behoeft geen betoog.

498. Het is de vraag wat de ratio van deze uiteenlopende bewijslastverdeling is. In het algemeen geldt de regel dat goede trouw wordt vermoed aanwezig te zijn en dat de afwezigheid hiervan moet worden bewezen.⁵⁴⁷ Dit betekent dat art. 4:168 BW de uitzondering is. Uit de parlementaire stukken bij dit artikel komt geen reden voor deze afwijking naar voren.⁵⁴⁸ Vóór 2003 verwees art. 3:168 lid 5 BW naar de regeling van het meerderjarigenbewind.⁵⁴⁹ Bij de invoering van het huidige Boek 4 BW vond de wetgever het meer gepast om naar de regels van het testamentair bewind te verwijzen omdat deze bewindregeling een regeling bevat voor het geval dat het bewind is ingesteld in een gemeenschappelijk belang.⁵⁵⁰ Ook toen is in de parlementaire stukken geen aandacht besteed aan de bewijslastverdeling. Ik sluit daarom niet uit dat in art. 4:168 BW geen bewuste afwijking van de hoofdregel wordt gemaakt. Dit zou betekenen dat de rechter ook bij het beheerbewind de bewijslast volgens de hoofdregel moet verdelen en de bewindvoerder met deze bewijslast moet belasten.

⁵⁴⁶ Art. 3:168 lid 5 jo. art. 4:168 BW stelt dat een rechtshandeling die in strijd met het bewind is verricht, niettemin geldig is indien de wederpartij het bewind kende noch behoorde te kennen. Het lijkt er hier op dat de wederpartij zich op de geldigheid als gevolg van haar goede trouw moet beroepen en ingevolge art. 150 Rv dit, mits betwist, ook moet bewijzen. Art. 710 lid 5 Rv jo. art. 1:439 BW bepaalt juist dat de ongeldigheid door de bewindvoerder slechts kan worden tegengeworpen als de wederpartij het bewind kende of behoorde te kennen. Toepassing van de hoofdregel van art. 150 Rv lijkt hier tot het resultaat te leiden dat de bewindvoerder afwezigheid van goede trouw moet bewijzen. Zo ook Jansen 2007, art. 1:439, aant. 1a.

⁵⁴⁷ Zie in het kader van de vraag of een bezitter te goeder trouw is, art. 3:118 lid 3 BW. Zie in het kader van de vraag wie de bewijslast draagt terzake van de goede trouw van de verkrijger in de zin van art. 3:86, HR 11 oktober 2002, *NJ* 2003, 399, m.nt. W.M. Kleijn (*Bull's Eye/Chrysler*).

⁵⁴⁸ Zie Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 2124 e.v.

⁵⁴⁹ Art. 3:168 lid 5 is gewijzigd als gevolg van de invoering van het nieuwe Boek 4 BW. Zie *Stb.* 2002, 230 en 429.

⁵⁵⁰ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 245, nr. 3, p. 5.

499. Het is de vraag of de rechter andere regels kan geven voor het geval dat de deelgenoten handelen in weerwil van het bewind. Ik zou menen dat de rechter geen bevoegdheid heeft om voor de derde meer ingrijpende gevolgen te bepalen dan zijn voorzien in de standaardregeling. Ik kan mij wel voorstellen dat de rechter besluit om minder ingrijpende gevolgen in het leven te roepen. Het lijkt mij voor de rechter ook niet toegestaan om de bewijslast op de derde te doen rusten in andere gevallen dan voorzien in de standaardregeling.

6.3 *Welke goederen?*

500. Noch art. 3:168 BW, noch art. 710 Rv maakt onderscheid naar het type goed dat onder bewind kan worden gesteld. Bewind is dus bij alle typen goederen mogelijk. Art. 710 Rv stelt echter wel als voorwaarde dat ten aanzien van de onder bewind te stellen goederen tussen twee of meer partijen ‘een geschil bestaat aan wie (...) zij toekomen’. Van een geschil over de vraag wie een goed toekomt, is sneller sprake dan een geschil over de vraag aan wie een goed toebehoort. Van dat laatste is alleen sprake als een geschil bestaat over de vraag wie rechthebbende is, of over de vraag wie bezitter van de zaak is. Van het eerste is ook bijvoorbeeld sprake als tussen de koper en de verkoper van een nog niet geleverde zaak een geschil ontstaat over de geldigheid van de koopovereenkomst. Dat de verkoper de zaak dan toebehoort, is niet voor discussie vatbaar. Tussen de koper en de verkoper bestaat wel een geschil over de vraag wie de zaak toekomt. Is de overeenkomst geldig, dan komt de zaak de koper toe; is de overeenkomst niet geldig, dan komt de zaak de verkoper toe.⁵⁵¹ Dit betekent dat tussen twee deelgenoten die strijden over de vraag aan wie van hen het gemeenschappelijke goed moet worden toebedeeld, geschil bestaat over de vraag wie het goed toekomt.

6.4 *Welke gemeenschappen?*

501. Art. 3:168 BW maakt deel uit van de eerste afdeling van titel 3.7 BW. Dit betekent dat zowel goederen die deel uitmaken van een eenvoudige gemeenschap als goederen die deel uitmaken van een liquidatiegemeenschap op grond van deze bepaling onder bewind kunnen worden gesteld. Op basis van art. 710 Rv kunnen goederen die behoren tot elke gemeenschap onder bewind worden gesteld, op voorwaarde dat ten aanzien van deze goederen een geschil bestaat over de vraag wie ze toekomen. Het is dus denkbaar dat goederen die tot een bijzondere gemeenschap behoren, reeds voordat deze gemeenschap voor verdeling vatbaar wordt, onder bewind worden gesteld. Wel geldt de eis dat binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn, de eis in de hoofdzaak

⁵⁵¹ Van Mierlo 2004a, art. 710, aant. 4 en De Boer 2001, par. 56.3.3, die beiden verwijzen naar Hartkamp 1999, nr. 82.

moet worden ingesteld. Dit geeft een praktische beperking aan deze mogelijkheid van het onder bewind stellen van tot een bijzondere gemeenschap horende goederen. Immers, de verdeling van deze gemeenschap is de hoofdzaak waarbinnen het geschil over de vraag aan wie de goederen toekomen, moet worden beslecht. Onderbewindstelling van tot een bijzondere gemeenschap behorende goederen is dus alleen mogelijk voor zover de verdeling van de gemeenschap binnen afzienbare termijn zal kunnen worden gevorderd.

6.5 *Wie kunnen een bewind uitlokken?*

502. Een beheerbewind kan worden verzocht door ‘de meest gerede partij’. Aangezien het bewind dient ter aanvulling van een beheersregeling en alleen de deelgenoten bevoegd zijn een dergelijke regeling te treffen, houdt dit ook in dat onder ‘de meest gerede partij’ uitsluitend de deelgenoten vallen die belang hebben bij het tot stand komen van een regeling, dan wel, bij gebreke van een dergelijke regeling, bij instelling van het bewind. Overige bij de gemeenschap betrokken personen kunnen langs deze weg geen bewind afdwingen.

De instelling van een conservatoir bewind kan worden uitgelokt door elk van de partijen tussen wie een geschil bestaat over de vraag aan wie een goed toekomt. Dat wil zeggen: de deelgenoten die strijden om de vraag aan wie het goed moet worden toebedeeld. De deelgenoten die enkel wensen dat het goed gedurende de verdelingsprocedure juist wordt beheerd, kunnen het conservatoir bewind niet uitlokken. Zij zijn aangewezen op het beheerbewind. Overige bij de gemeenschap betrokken personen kunnen langs deze weg van art. 710 Rv geen bewind uitlokken.

7 **Verdelingsbeslagen**

503. Hieronder bespreek ik de rechtsgeschiedenis en het doel van beide verdelingsbeslagen.

7.1 *Maritaal beslag*

504. De geschiedenis van het maritaal beslag gaat terug tot de Lex Hartogh.⁵⁵² De Lex Hartogh is de eerste grote modernisering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering na de invoering van dat wetboek in 1838. De Lex Hartogh ontleent haar naam aan het Tweede Kamerlid Hartogh die het wetsontwerp bij wege van initiatief indient. Het hoofddoel van het wetsontwerp is

⁵⁵² Wet van 7 juli 1896 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, *Stb.* 103.

‘betere handhaving van het recht in hoofdzaak door vereenvoudiging en bespoediging der procedure en door uitbreiding der middelen tot bewaring van ieders rechten.’⁵⁵³

In lijn met deze doelstelling wijzigt de Lex Hartogh op tal van punten het burgerlijk procesrecht. Zo wordt om de procedure te vereenvoudigen en te bespoedigen onder andere het verschil tussen de ‘gewone’ en de ‘summiere’ procedure afgeschaft, de mogelijkheid om incidenten op te werpen beteugeld, het ‘beginsel van concentratie van verweer’ ingevoerd, de gevallen waarin een vonnis moet worden betekend, beperkt, en de mogelijkheid voor de rechter om hoger beroep van een tussenvonnis te verbieden, ingevoerd. Voor dit proefschrift is van belang dat de Lex Hartogh ook het conservatie- en executierecht ingrijpend hervormt. Onderdeel daarvan vormt het invoeren van het maritaal beslag.

De invoering van het maritaal beslag wordt ingegeven door de kwetsbare vermogensrechtelijke positie waarin de vrouw verkeert indien een echtscheiding, scheiding van tafel en bed of scheiding der goederen⁵⁵⁴ op handen is. De gehuwde vrouw is handelingsonbekwaam en de man oefent op grond van het leerstuk van de maritale macht het bestuur over zowel de gemeenschapsgoederen als de privégoederen van de vrouw uit.⁵⁵⁵ Door het instellen van de eis tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed, of scheiding der goederen komt daar geen einde aan.⁵⁵⁶ Dit gebeurt pas als de echtscheiding of scheiding van tafel en bed een feit is. De scheiding der goederen heeft, gelijk de opheffing van de gemeenschap, terugwerkende kracht. Om de kwetsbare positie van de gehuwde vrouw te redresseren, voert de Lex Hartogh het maritaal beslag in. De gehuwde vrouw kan in het kader van een procedure tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en scheiding der goederen maritaal beslag leggen op haar privégoederen en gemeenschapsgoederen. Het beslag leidt ertoe dat de man niet langer gerechtigd is deze goederen te vervreemden. Bovendien kunnen deze goederen niet langer worden uitgewonnen voor gemeenschapsschulden (art. 808i Rv).

De regeling van het maritale beslag wordt vervolgens gewijzigd bij de Lex Van Oven.⁵⁵⁷ Deze wet maakt in 1957 een einde aan de ongelijke positie van de gehuwde vrouw. De gehuwde man en vrouw voeren sinds 1957 ieder het bestuur over hun privégoederen. Voor de gemeenschap geldt een privaatief bestuur, dat op hoofdlijnen overeenkomt met het thans geldende recht. Als gevolg van de

⁵⁵³ Hartogh & Cosman 1897, p. XIV.

⁵⁵⁴ Vgl. thans de opheffing van de gemeenschap voorzien in art. 1:109 e.v. BW.

⁵⁵⁵ Zie hierover Nuytinck 1987, p. 34 e.v.

⁵⁵⁶ Zij het dat de scheiding der goederen, gelijk de opheffing van de gemeenschap, terugwerkende kracht toekomt tot de dag van dagvaarding (art. 244 BW (oud)); vgl. thans art. 1:110 jo. art. 1:111 BW.

⁵⁵⁷ Wet van 14 juni 1956 tot opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw, *Stb.* 343.

Lex Van Oven vervalt de mogelijkheid van maritaal beslag op de privégoederen van de vrouw en worden zowel de man als de vrouw bevoegd om beslag te leggen op de gemeenschapsgoederen. Tussen 1957 en 1992 wordt het maritale beslag op enkele ondergeschikte punten aangepast.⁵⁵⁸

Met de inwerkingtreding van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 wordt het maritaal beslag meer als een gewoon beslag behandeld. In 1992 wordt de eis van vanwaardeverklaring van het beslag vervangen door de thans geldende regeling van dat de beslaglegger tijdig een eis in de hoofdzaak moet instellen (art. 700 lid 3 Rv). De eis van vanwaardeverklaring was niet van toepassing op het maritale beslag, de eis dat tijdig de eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld wél. Het maritaal beslag wordt vervolgens in 1993 gewijzigd als gevolg van de herziening van het scheidingsprocesrecht⁵⁵⁹ en in 1995 door herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht.⁵⁶⁰ Ter gelegenheid van deze laatste wet wordt de regeling van het maritaal beslag overgebracht naar de zesde naar de vierde titel van boek 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 768 e.v.). Met deze herziening komt ook een einde aan het bijzondere rechtsgevolg van maritaal beslag: de blokkering van uitwinning van de beslagen goederen voor schulden van de andere echtgenoot.⁵⁶¹ In latere wetgeving wordt het beslag aangepast aan de invoering van het geregistreerd partnerschap⁵⁶² en de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁵⁶³

⁵⁵⁸ Met de invoering van het nieuwe eerste boek van het Burgerlijk Wetboek in 1970 wordt de regeling van het maritaal beslag aangepast aan de nieuwe nummering van het eerste boek van het Burgerlijk Wetboek; zie Parl. Gesch. Inv. Boek 1, p. 1601. De Wet van 6 mei 1971 tot herziening van het echtscheidingsrecht, *Stb.* 290 (zie voor de juiste nummering *Stb.* 476), leidt tot het verplaatsen van de inhoud van art. 825 (oud) Rv naar 825f (oud) Rv.

⁵⁵⁹ Wet van 1 juli 1992 tot herziening van het scheidingsprocesrecht, *Stb.* 373.

⁵⁶⁰ Wet van 7 juli 1994 tot herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht, *Stb.* 1994, 570.

⁵⁶¹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 487, nr. 3, p. 16.

⁵⁶² Bij Wet van 17 december 1997 tot aanpassing van wetgeving aan de invoering van het geregistreerd partnerschap in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (Aanpassingswet geregistreerd partnerschap), *Stb.* 660. De aanpassingen houden in dat in de regeling van het maritaal beslag steeds naast echtgenoten en gewezen echtgenoten ook geregistreerde partners en gewezen geregistreerde partners worden genoemd en naast de echtscheiding, scheiding van tafel en bed en de opheffing van de gemeenschap ook de ontbinding van het geregistreerd partnerschap.

⁵⁶³ Wet van 6 december 2001 tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, *Stb.* 580. De aanpassingen beperken zich tot het vervangen van het woord 'president' in art. 768 Rv door 'voorzieningenrechter'; zie MvT AW, Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht, p. 539 en 540.

7.2 *Deelgenotenbeslag*

505. Het deelgenotenbeslag wordt ingevoerd als gevolg van de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992. Met de invoering van het Burgerlijk Wetboek wordt ook het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ingrijpend aangepast. Een deel van de wijziging betrof de herziening van het conservatie- en executierecht. Als onderdeel daarvan wordt het oude revindicatoire beslag vervangen door het beslag tot afgifte en levering (art. 730 e.v. Rv). Een onderdeel van dat beslag is het deelgenotenbeslag van art. 733 Rv.

Het deelgenotenbeslag kan, net als het maritaal beslag, worden gelegd in het kader van de verdeling van de gemeenschap. Het doel van het deelgenotenbeslag is beperkter dan dat van het maritaal beslag. In vergelijking met het maritaal beslag vertoont de rechtsbescherming van de deelgenoten een hiaat. Maritaal beslag kan op alle goederen van de gemeenschap worden gelegd. Deelgenotenbeslag kan blijkens art. 733 Rv alleen worden gelegd op goederen voor zover die goederen in het bijzonder in aanmerking komen om aan de beslaglegger of aan de deelgenoot voor wiens aandeel de beslaglegger optreedt, te worden toegeëld. Deelgenotenbeslag beschermt dus niet het belang dat een deelgenoot heeft bij het behoud van een goed in verband met de waarde dat het goed vertegenwoordigt.

506. In de toelichting bij art. 733 Rv worden twee verklaringen gegeven voor de beperktere strekking van het deelgenotenbeslag. Allereerst wordt gesuggereerd dat het belang dat een deelgenoot heeft bij het behoud van bepaalde goederen in verband met de waarde die de betreffende goederen voor de gemeenschap vertegenwoordigden, op andere wijzen dan door beslag wordt gewaarborgd. De memorie van toelichting merkt op:

‘Een deelgenoot in een gemeenschap dient ervoor te kunnen waken dat de goederen van de gemeenschap niet worden weggemaakt.

In de eerste plaats heeft hij er geheel in het algemeen belang bij dat geen vermindering ontstaat van wat er aan gemeenschappelijke vermogensbestanddelen te gebruiken of te verdelen valt. Tegen aantasting van dit belang kan hij zich beveiligen langs de weg van artikel 3.7.1.2 Nieuw B.W.,⁵⁶⁴ dat hem in staat stelt van de andere deelgenoten een behoorlijke regeling van het beheer van de goederen af te dwingen, desnoods door een verzoek tot onderbewindstelling door de rechter overeenkomstig het tweede lid van dat artikel, alsook door de maatregelen van de artikelen 658 e.v. (verzegeling) en 678 e.v. (boedelbeschrijving). Daarnaast kan een deelgenoot er meer in het bijzonder belang bij hebben dat een of meer bepaalde tot de gemeenschap behorende goederen aan hem worden toegedeeld, bijv. omdat hij ze nodig heeft of goed kan gebruiken voor de uitoefening van zijn beroep of bedrijf of omdat hij een persoonlijke affectie tot het goed heeft. Ter bescherming van dit laatste be-

⁵⁶⁴ Thans art. 3:168 BW, MLT.

lang dient het beslag van het onderhavige artikel, dat kan worden gelegd ter inleiding van een verdelingsvordering als bedoeld in artikel 3.7.1.9 Nieuw B.W.^{565 566}

Aldus schaaft de memorie het belang dat een deelgenoot heeft bij het behoud van goederen in verband met de waarde die deze goederen vertegenwoordigen onder het belang ‘dat geen vermindering ontstaat van wat er aan gemeenschappelijke vermogensbestanddelen te gebruiken of te verdelen valt’. Dit belang wordt, aldus de toelichting, gewaarborgd door de mogelijkheid van verzegeling, boedelbeschrijving en bewind.

Deze stelling van de memorie van toelichting is onjuist. Verzegeling moet, zoals hierboven al werd opgemerkt,⁵⁶⁷ worden opgeheven zodra de boedelbeschrijving is gemaakt. Boedelbeschrijving zelf heeft geen conservatoir effect. De wetgever is hiervan op de hoogte blijkens de volgende opmerking in de memorie van toelichting bij art. 658 Rv:

‘Wil men voorkomen dat bepaalde zaken, waarvan de aanwezigheid reeds is vastgesteld, verdwijnen, dan is niet de verzegeling maar inbeslagname de daartoe geëigende maatregel. Tevens zal soms worden gedacht aan de onderbewindstelling van het nieuwe artikel 710.’⁵⁶⁸

Ook bewind lijkt niet onder alle omstandigheden een geëigend middel om te voorkomen dat gemeenschapsgoederen aan de gemeenschap worden onttrokken. Bewind, zeker dat van art. 3:168 BW, dient om te voorzien in een deugdelijk *beheer* van de gemeenschapsgoederen. Bewind *kan* inderdaad ook worden gebruikt om de mogelijkheid van de rechthebbende in te perken, maar het lijkt daartoe niet altijd het meest geëigende middel. Als er geen reden bestaat om aan te nemen dat de deelgenoten de gemeenschapsgoederen ondeugdelijk zullen beheren, of wanneer beheer van de gemeenschapsgoederen niet direct een prioriteit is omdat verdeling van de goederen aanstaande is, dan is beslag een geschiktere manier om de gemeenschapsgoederen te behouden.

507. De tweede reden die uit de memorie van toelichting bij art. 733 Rv naar voren komt als verklaring voor het feit dat deelgenotenbeslag niet kan worden gelegd ter veiligstelling van het recht om in de waarde van gemeenschapsgoederen mee te delen, is het feit dat in een eenvoudige gemeenschap en een liquidatiegemeenschap een cumulatieve bestuursverdeling geldt. De memorie van toelichting merkt op dat het deelgenotenbeslag:

‘niet op één lijn mag worden gesteld met het martiale beslag (...). Dit kan worden gelegd in afwachting van de ontbinding van de huwelijksgemeenschap, derhalve voordat verdeling daarvan kan worden gevorderd, en richt zich vooral tegen de aan

⁵⁶⁵ Thans art. 3:178 BW, MLT.

⁵⁶⁶ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 334.

⁵⁶⁷ Zie nr. 452.

⁵⁶⁸ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. p. 285.

de andere echtgenoot in beginsel toekomende bevoegdheid over de goederen van de gemeenschap te beschikken.

De memorie van toelichting lijkt hiermee te impliceren dat de ruimere mogelijkheid van maritaal beslag wordt gerechtvaardigd door het feit dat in de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap een privaat bestuur geldt, dat voor de beslagleggende echtgenoot meer risico's met zich brengt dan de cumulatieve bestuursverdeling, die bij de eenvoudige gemeenschap en de liquidatiegemeenschap geldt. Deze opvatting is onjuist. Al in 1976 had de Hoge Raad geoordeeld dat maritaal beslag óók kan worden gelegd na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap,⁵⁶⁹ derhalve als deze voor verdeling vatbaar is en voor deze gemeenschap een overwegend collectief bestuur geldt. De wetgever heeft deze uitspraak van de Hoge Raad ter gelegenheid van de herziening van het scheidingsprocesrecht gecodificeerd.⁵⁷⁰ De beslissing van de wetgever om op deze wijze het Concordiastraat 15-arrest te codificeren is juist. Ten eerste geldt voor de eenvoudige gemeenschap en de liquidatiegemeenschap niet onder alle omstandigheden een collectieve bestuursverdeling. Art. 3:170 lid 1 BW biedt onder omstandigheden de deelgenoten de bevoegdheid om afzonderlijk op te treden. De deelgenoten kunnen ingevolge art. 3:168 jo. art. 3:170 lid 2 BW het beheer van de gemeenschap ook privaat of cumulatief regelen. Voorts kunnen de deelgenoten ook in weerwil van de bestuursverdeling bestuurshandelingen ten aanzien van de gemeenschapsgoederen verrichten.

8 Conclusies

508. In dit hoofdstuk kwam de vraag aan de orde hoe de verdelingsbeslagen passen binnen het stelsel van conservatoire maatregelen die in het kader van de verdeling bestaan. Bij de beantwoording van deze vraag is allereerst van belang dat binnen het stelsel van conservatoire maatregelen onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de initiële maatregelen van verzegeling en boedelbeschrijving en anderzijds de voortgezette conservatoire maatregelen van verdelingsbeslag, bewind en gerechtelijke bewaring.

De initiële maatregelen van boedelbeschrijving dienen om een einde te maken aan de onwetendheid van de deelgenoten en andere bij de gemeenschap betrokken personen ten aanzien van de grootte en samenstelling van de gemeenschap. Verzegeling dient om te voorkomen dat iemand voorafgaand aan de boedelbe-

⁵⁶⁹ HR 25 juni 1976, NJ 1977, 127 (*Concordiastraat 15*).

⁵⁷⁰ Wet van 1 juli 1992 tot herziening van het scheidingsprocesrecht, *Stb.* 373. De wetgever codificeert de uitspraak van de Hoge Raad door in art. 820a Rv (thans art. 768 Rv) te bepalen dat verlof tot het leggen van maritaal beslag ook kan worden verzocht door gewezen echtgenoten. De codificatie van het Concordiastraat 15-arrest was al voorzien in het op 4 oktober 1985 ingediende wetsvoorstel 19 242 tot herziening van het echtscheidingprocesrecht. Vgl. art. 816 Rv zoals dat was voorzien in wetsvoorstel 19 242; zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19 242, nr. 2, p. 2 en 3.

schrijving toegang heeft tot de gemeenschap zonder dat dit later kan worden vastgesteld. Zo wordt voorkomen dat misbruik kan worden gemaakt van de onwetendheid van de deelgenoten en andere bij de gemeenschap betrokken partijen ten aanzien van de grootte en samenstelling van de gemeenschap.

De initiële maatregel van verzegeling is een conservatoire maatregel die kan worden toegepast op vooralsnog onbekende goederen. Hiermee neemt verzegeling een bijzondere plaats in binnen het stelsel van conservatoire maatregelen, waarbij normaal gesproken het beginsel van specificiteit geldt. Dat wil zeggen dat een conservatoire maatregel alleen kan worden toegepast op een betrekkelijk nauwkeurig omschreven goed. Zodra de onwetendheid van de bij een gemeenschap betrokken partijen door een boedelbeschrijving is opgeheven, moet de verzegeling worden beëindigd. Verzegeling kan daarna niet meer worden toegepast. In plaats daarvan moet gebruik worden gemaakt van verdelingsbeslag, gerechtelijke bewaring of bewind. Deze maatregelen voldoen wel aan het beginsel van specificiteit.

De voortgezette maatregelen van beslag, bewaring en bewind dienen – globaal gezien – ieder een eigen doel. De rechtsgevolgen van de maatregelen sluiten hier dan ook bij aan. Beslag perkt de mogelijkheid in om over de beslagen goederen te *beschikken*. Bewaring maakt een einde aan de mogelijkheid een goed te *gebruiken*, terwijl bewind ziet op het *beheer* van een goed. Dit onderscheid is echter niet messcherp. Zoals hierboven al is gebleken, kan bewaring onder omstandigheden een beperkte beheersplicht meebrengen,⁵⁷¹ terwijl bewind ook kan zien op het gebruik en de beschikking over een goed.⁵⁷² Later zal in dit proefschrift nog blijken dat beslag ook andere bevoegdheden dan de beschikkingsbevoegdheid inperkt. Als voorbeeld kan worden genoemd dat beslag ook de bevoegdheid inperkt om een beslagen terrein af te graven.⁵⁷³

Binnen het kader van de voortgezette conservatoire maatregelen vervullen de beide verdelingsbeslagen een dubbelrol. Enerzijds zijn zij zelfstandige conservatoire maatregelen die kunnen worden toegepast indien het de bedoeling is de deelgenoten te beperken in hun bevoegdheid om over het goed te beschikken, of ten aanzien van het goed met beschikken gelijk te stellen handelingen te verrichten zonder dat daarbij de gebruiksmogelijkheden van de deelgenoten al te zeer worden beperkt. Anderzijds dienen de verdelingsbeslagen als inleiding op gerechtelijke bewaring ingeval er niet op kan worden vertrouwd dat de deelgenoten hun feitelijke macht ten aanzien van de gemeenschapsgoederen zullen misbruiken. In dat geval kan ofwel eerst een beslag worden gelegd, zodat ten tijde van de behandeling van het verzoek of de vordering tot het in gerechtelijke be-

⁵⁷¹ Zie nr. 481.

⁵⁷² Zie 494, 495 en 496.

⁵⁷³ HR (Strafkamer) 30 mei 1995, NJ 1995, 622 (*Indiana*), zie verder nr. 847.

waring nemen, de bevoegdheden van de deelgenoten ten aanzien van de in gerechtelijke bewaring te nemen goederen reeds zijn ingeperkt. Indien het risico te groot is dat de deelgenoten hun feitelijke macht ten aanzien van de goederen gedurende de behandeling van het verzoek of de vordering zullen misbruiken, kan het verzoek tot gerechtelijke bewaring *ex parte* worden behandeld. Op die wijze wordt voorkomen dat slapende honden worden wakker gemaakt. Deze mogelijkheid bestaat echter alleen ten aanzien van roerende zaken waarvan tegelijkertijd een verzoek tot het leggen van beslag wordt verzocht.

IV. HET BESLAGOBJECT

1 Inleiding

509. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal welke goederen vatbaar zijn voor een verdelingsbeslag. Een eerste antwoord op deze vraag moet worden gezocht in de regeling van het deelgenotenbeslag, meer in het bijzonder in art. 733 Rv, en in de regeling van het maritaal beslag, meer in het bijzonder in art. 768 Rv. Ik zal dan ook eerst onderzoeken welke goederen op grond van deze bepalingen vatbaar zijn voor deelgenotenbeslag (2) respectievelijk maritaal beslag (3). Het antwoord op de vraag welke goederen vatbaar zijn voor beslag wordt ook bepaald door meer algemene regels van het beslagrecht. Deze regels zijn ontwikkeld tegen de achtergrond van het verhaalsbeslag. Ik zal daarom onderzoeken of deze regels stand houden voor beide verdelingsbeslagen, of dat moet worden geconcludeerd dat meer goederen vatbaar zijn voor een verdelingsbeslag dan voor een verhaalsbeslag (4).

2 Deelgenotenbeslag

510. Art. 733 Rv bepaalt dat degene die verdeling van de gemeenschap kan vorderen

‘de daartoe behorende goederen in beslag [kan] nemen, voor zover zij in het bijzonder in aanmerking komen om aan hem of aan de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt, te worden toegedeeld.’

Op een gemeenschappelijk goed kan dus alleen deelgenotenbeslag worden gelegd als het goed in het bijzonder in aanmerking komt om aan een deelgenoot te worden toebedeeld. In dat kader bespreek ik eerst de toelichting bij art. 733 Rv (2.1). Vervolgens behandel ik twee tegengestelde opvattingen ten aanzien van de beantwoording van de vraag wanneer op een gemeenschappelijk goed deelgenotenbeslag kan worden gelegd (2.2). Beide opvattingen worden door hun aanhangers niet nader beargumenteerd. Ik zal onderzoeken welke argumenten voor en tegen de respectievelijke opvattingen pleiten (2.3), om daarna met een eigen opvatting te komen (2.4).

2.1 Toelichting bij art. 733 Rv

511. Wil een goed vatbaar zijn voor deelgenotenbeslag, dan moet het goed in het bijzonder in aanmerking komen om te worden toebedeeld aan de beslagleggende deelgenoot of de deelgenoot voor wiens aandeel de beslaglegger optreedt. In de toelichting bij art. 733 Rv wordt nauwelijks ingegaan op de vraag wanneer dit het geval is. De toelichting begint met op te merken dat een deelgenoot in het algemeen belang heeft bij het behoud van het gemeenschapsvermogen. Voorts wordt opgemerkt dat de deelgenoot dit belang kan veiligstellen door bijvoor-

beeld het afdwingen van een beheersregeling, verzegeling of boedelbeschrijving. De memorie van toelichting vervolgt met de opmerking:

‘Daarnaast kan een deelgenoot er meer in het bijzonder belang bij hebben dat een of meer bepaalde tot de gemeenschap behorende goederen aan hem worden toebedeeld, bijv. omdat hij ze nodig heeft of goed kan gebruiken voor de uitoefening van zijn beroep of bedrijf of omdat hij een persoonlijke affectie tot het goed heeft.’⁵⁷⁴

Nadere toelichting over de vraag wanneer een goed in het bijzonder in aanmerking komt om aan een deelgenoot te worden toebedeeld, ontbreekt. Wel vermeldt de toelichting nog dat

‘[h]et beslag zal (...) uitmonden in een overeenkomstig artikel 3.7.1.14 Nieuw B.W.’⁵⁷⁵ door de rechter vast te stellen verdeling.’⁵⁷⁶

Hiermee lijkt de minister te suggereren dat er een verband bestaat tussen de vraag wanneer een goed op basis van art. 3:185 BW aan een deelgenoot moet worden toegedeeld en de vraag wanneer op een goed deelgenotenbeslag kan worden gelegd.

2.2 Twee tegengestelde opvattingen

512. In de literatuur bestaan twee tegengestelde opvattingen over de vraag wanneer wordt voldaan aan het criterium dat een goed in het bijzonder in aanmerking moet komen om aan een deelgenoot te worden toebedeeld en dus over de vraag wanneer op een gemeenschappelijk goed deelgenotenbeslag kan worden gelegd. De ene opvatting wordt verdedigd door Mijnsen, de andere door Van Schaick.

Mijnsen is van mening dat in beginsel geen enkel gemeenschapsgoed voor deelgenotenbeslag in aanmerking komt. Zonder nadere toelichting schrijft hij:

‘Het is de vraag of het veel zin heeft beslag te leggen op een zaak bij de toedeling waarvan men belang heeft. In het algemeen zal een deelgenoot geen aanspraak erop hebben dat een bepaald goed aan hem wordt toegedeeld.’⁵⁷⁷

Van Schaick is de tegengestelde mening toegedaan. Hij stelt dat in beginsel juist alle gemeenschapsgoederen vatbaar zijn voor deelgenotenbeslag. Hij schrijft:

‘Art. 733 Rv bevat weliswaar de beperking dat de deelgenoot beslag kan leggen op goederen die ‘in het bijzonder’ in aanmerking komen om aan hem te worden toebedeeld, maar in beginsel komen alle goederen daarvoor in aanmerking.’⁵⁷⁸

Ook Van Schaick licht zijn opvatting niet nader toe.

⁵⁷⁴ MvT Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 334.

⁵⁷⁵ Thans art. 3:185 BW, MLT.

⁵⁷⁶ MvT Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 334.

⁵⁷⁷ Mijnsen, Ploeger & Van Dam 2006, nr. 465.

⁵⁷⁸ Van Schaick 1998, p. 211.

2.3 Argumenten

513. Een groter verschil in opvatting is welhaast ondenkbaar. Volgens Van Schaick kan op alle gemeenschappelijke goederen deelgenotenbeslag worden gelegd, terwijl Mijnsen van mening lijkt te zijn dat op geen enkel gemeenschappelijk goed deelgenotenbeslag kan worden gelegd. Het verschil in opvatting tussen Mijnsen en Van Schaick is mijns inziens terug te voeren op het weinig voorspelbare karakter van de uitkomst van een verdelingsprocedure. Vóór de verdeling is het wel mogelijk goederen te identificeren die voor een deelgenoot een bijzondere waarde vertegenwoordigen, maar dit betekent niet dat op voorhand kan worden gezegd dat deze goederen aan deze deelgenoot moeten worden toebedeeld. Of een goed bij de verdeling aan een deelgenoot wordt toebedeeld, hangt af van een complexe afweging. Bij deze afweging moet niet alleen worden afgewogen voor welke deelgenoot het goed de meeste waarde vertegenwoordigt, maar ook welke andere goederen de deelgenoten als gevolg van de verdeling zullen ontvangen. Daarnaast moet het verdelingsbelang worden afgewogen; het belang dat de deelgenoten hebben bij een efficiënte verdeling. Bovendien moet de rechter op voet van art. 3:185 BW bij deze afweging ook het algemeen belang meewegen.⁵⁷⁹ De complexiteit van deze afweging maakt dat slechts ten aanzien van een zeer beperkt aantal goederen op voorhand de uitkomst van de verdeling kan worden voorspeld. Voor het overgrote deel van de goederen is dit niet het geval. Zo hoeft bijvoorbeeld een huis waarin een deelgenoot al zijn gehele leven heeft gewoond niet noodzakelijkerwijze aan deze deelgenoot worden toebedeeld.⁵⁸⁰

514. De toelichting bij art. 733 Rv en de onvoorspelbaarheid van de uitkomst van een verdelingsprocedure als uitgangspunt bieden aanknopingspunten voor zowel de opvatting van Mijnsen als voor die van Van Schaick. In de opvatting van Mijnsen is een goed slechts vatbaar voor deelgenotenbeslag als met zekerheid vaststaat dat het goed bij de verdeling aan de beslaglegger zal worden toebedeeld. Deze opvatting sluit aan bij de opmerking van de minster dat het beslag zal uitmonden in een overeenkomstig art. 3:185 BW vast te stellen verdeling. Bovendien sluit in deze opvatting het deelgenotenbeslag nauw aan bij het beslag tot afgifte en levering waar het wetsystematisch deel van uitmaakt. Beslag tot afgifte of levering kan slechts worden gelegd indien de beslaglegger stelt dat het in beslag te nemen goed aan hem moet worden afgegeven of geleverd. Van Schaick neemt genoegen met een veel lagere mate van waarschijnlijkheid van toedeling. Vóór zijn opvatting pleit dat de voorbeelden die in de toelichting bij art. 733 Rv worden genoemd geen gevallen betreffen waarin met zekerheid kan

⁵⁷⁹ Zie over dit alles nr. 375-389.

⁵⁸⁰ Vgl. HR 9 mei 1980, NJ 1981, 283, m.nt. W.M. Kleijn en W.H. Heemskerk (*Van Bakel/Roymans*).

worden gezegd dat de genoemde goederen ook daadwerkelijk aan de beslaglegger zullen worden toebedeeld. Daar komt bij dat de bewoordingen van art. 733 Rv iets beter aansluiten bij een lagere mate van waarschijnlijkheid van toedeling. Art. 733 Rv eist immers niet dat het goed moet worden toebedeeld, maar neemt genoegen met het feit dat het goed in het bijzonder *in aanmerking komt* om aan de beslaglegger te worden toebedeeld.

2.4 *Eigen opvatting*

515. Als ik deze argumenten afweeg, meen ik dat de opvatting van Van Schaick voor juist moet worden gehouden. De opvatting van Mijnsen leidt ertoe dat het beslag vrijwel zinloos wordt. Het is niet waarschijnlijk dat de wetgever dit heeft gewild, zeker niet gezien het feit dat voorafgaande beslaglegging andere conservatoire maatregelen, zoals gerechtelijke bewaring, eenvoudiger maakt. Bovendien sluiten de tekst van en de toelichting bij art. 733 Rv beter aan bij de opvatting van Van Schaick dan bij die van Mijnsen. Dit betekent wel dat het deelgenotenbeslag een bijzondere positie inneemt binnen het beslag tot afgifte en levering. Voor een ‘gewoon’ beslag tot afgifte en levering is vereist dat de beslaglegger recht heeft op afgifte of levering van het in beslag te nemen goed. Voor deelgenotenbeslag volstaat dat het goed *in aanmerking komt* om aan de beslaglegger, of de deelgenoot voor wie hij optreedt, te worden toebedeeld.

516. In de opvatting van Van Schaick is voor beslaglegging voldoende dat het goed in aanmerking komt om te worden toebedeeld. Niet noodzakelijk is dat een deelgenoot een toedelingsrecht heeft. Van Schaick verbindt hieraan de conclusie dat elk goed op grond van art. 733 Rv in beslag kan worden genomen. Deze conclusie deel ik niet. Met de bepaling dat het goed *in het bijzonder* in aanmerking moet komen om aan de beslagleggende deelgenoot te worden toebedeeld, lijkt de wetgever wel degelijk een beperking van de beslagmogelijkheden op het oog te hebben. Het ‘in het bijzonder’-criterium impliceert dat de beslaglegger argumenten voor toedeling van het goed aan hem heeft, die uitstijgen boven het normale recht van een deelgenoot om bij de verdeling naar rato van zijn aandeel gemeenschapsgoederen te ontvangen. Met andere woorden: het goed moet voor de beslaglegger een bijzondere waarde hebben. De in de toelichting genoemde voorbeelden van beslaglegging op een goed dat een deelgenoot goed kan gebruiken bij de uitoefening van zijn bedrijf of beroep en op een goed dat voor een deelgenoot affectieve waarde heeft, sluiten hierbij aan.

517. Het is de vraag hoe de bijzondere waarde die een goed voor een deelgenoot moet hebben wil beslaglegging mogelijk zijn, zich verhoudt tot de bijzondere waarde die het goed voor de andere deelgenoten heeft. Met andere woorden: is het enkele feit dat een goed voor een deelgenoot bijzondere waarde heeft

voldoende voor beslaglegging, of is dit slecht mogelijk als het goed voor de beslagleggende deelgenoot meer bijzondere waarde heeft dan voor de overige deelgenoten? Ik ben van mening dat deze laatste eis niet hoeft te worden gesteld. Neem het voorbeeld van de verdeling van een nalatenschap. In een dergelijke gemeenschap zullen zich in de regel goederen bevinden die voor alle deelgenoten een bijzondere waarde hebben. Het stellen van de eis dat deelgenotenbeslag slechts mogelijk is voor de deelgenoot voor wie het goed de meeste waarde heeft, leidt dan tot procedures waarin de rechter met *Salomonswijsheid* moet beslissen welke deelgenoot dit is. Deze procedure brengt het einddoel, de verdeling van de gemeenschap, niet dichterbij. Het antwoord op de vraag voor welke deelgenoot het goed de meeste waarde heeft is namelijk niet relevant voor de uitkomst van de verdeling. Uitgangspunt is immers dat aan de belangen van alle deelgenoten en aan het algemeen belang recht wordt gedaan (art. 3:185 BW). Het is dus mogelijk dat een goed niet wordt toebedeeld aan de deelgenoot voor wie het goed de meeste waarde heeft. Bovendien leidt deze procedure tot een verharding van de standpunten van de deelgenoten. Hiermee wordt de door de wetgever voorgestane wijze van verdeling bemoeilijkt, zo niet onmogelijk. Daar komt bij dat er geen principiële bezwaar is tegen beslaglegging door verschillende deelgenoten op hetzelfde goed. Zoals ik later nog uiteen zal zetten,⁵⁸¹ voorziet de regeling van het deelgenotenbeslag met art. 733 lid 2 Rv in een regeling voor samenloop van deelgenotenbeslagen.

3 Maritaal beslag

518. Art. 768 lid 1 Rv bepaalt op welke goederen maritaal beslag kan worden gelegd. Het artikellid luidt:

‘Indien echtgenoten of gewezen echtgenoten (...) gehuwd (...) zijn of waren in een gemeenschap van goederen, kan ieder van hen de voorzieningenrechter van de rechtbank verzoeken hem verlof te verlenen tot verzegeling, boedelbeschrijving en waardering van goederen der gemeenschap alsmede tot het leggen van conservatoir beslag op goederen der gemeenschap.’

Uit deze bepaling volgt dat beslag kan worden gelegd op alle ‘goederen der gemeenschap’. Hieronder vallen in beginsel alle goederen die deel uitmaken van een al dan niet-ontbonden huwelijksgemeenschap, ongeacht de vraag of het gaat om een algemene of beperkte huwelijksgemeenschap.⁵⁸² Het is echter de vraag of ook maritaal beslag kan worden gelegd op goederen die aan één van de echtgenoten op enigerlei bijzondere wijze verknocht zijn (3.1), of ook beslag kan

⁵⁸¹ Zie nr. 932-937.

⁵⁸² Van der Lee 1997, p. 12, Van Mierlo 2002, art. 768, aant. 2, Hugenholtz 1937, p. 66. Dit betekent dat ook de goederen die behoren tot een zeer beperkte huwelijksgemeenschap, zoals de gemeenschap van inboedel of de gemeenschap van woonhuis, vatbaar zijn voor maritaal beslag.

worden gelegd op goederen die behoren tot een tussen de echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap (3.2), en of beslag kan worden gelegd op goederen waarvan de precieze status betwist wordt. Dat wil zeggen: de goederen waarop art. 1:131 BW ziet en de zogenoemde ongewis verknochte goederen.

3.1 Verknochte goederen

519. Volgens de hoofdregel van art. 1:94 lid 1 BW omvat de wettelijke gemeenschap van goederen

‘wat haar baten betreft, alle tegenwoordige en toekomstige goederen der echtgenoten, (...)’

Een uitzondering op deze hoofdregel wordt gevormd door de zogenoemde verknochte goederen. Verknochte goederen vallen niet in de gemeenschap ‘voor zover’ de verknochtheid zich hiertegen verzet (art. 1:94 lid 3 BW). De beantwoording van de vraag of een goed verknocht is en wat de rechtsgevolgen daarvan zijn, heeft de wetgever aan de wetenschap en rechtspraak overgelaten.⁵⁸³ Of een goed verknocht is, hangt volgens de Hoge Raad af van:

‘de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald.’⁵⁸⁴

Dit blijft een zeer open criterium. Het gaat steeds erom of tussen een echtgenoot en het goed een zo bijzondere band bestaat dat deze band rechtvaardigt dat bepaalde rechtsgevolgen van de huwelijksgemeenschap buiten toepassing blijven. Of dit het geval is moet blijken door analyse van het goed en de band van dat goed met de persoon van de echtgenoot. Bij de beoordeling van de vraag of van verknochtheid sprake is, moet worden bedacht dat verknochtheid een uitzondering vormt op de hoofdregel dat de huwelijksgemeenschap alle tegenwoordige en toekomstige goederen van de echtgenoten omvat. Voor een uitzondering op deze hoofdregel is maar beperkt ruimte.⁵⁸⁵ Het feit dat de aard van een goed mede door de maatschappelijke verhoudingen wordt bepaald, maakt het mogelijk dat goederen die aanvankelijk als niet verknocht werden aangemerkt, in latere rechtspraak als verknocht worden aangemerkt.⁵⁸⁶

⁵⁸³ MvT Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 1, p. 1186.

⁵⁸⁴ HR 23 december 1988, *NJ* 1989, 700, m.nt. E.A.A. Luijten (*Invaliditeitspensioen*) en HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693, m.nt. W.M. Kleijn (*Whiplash*), HR 3 november 2006, *RvdW* 2006, 1032 (*Letselschadevergoeding*), HR 3 november 2006, *RvdW* 2006, 1034, HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 275, *Ars Aequi* 2008, 442, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*Overbruggingsuitkering*) en HR 26 september 2008, *RvdW* 2008, 889, *Ars Aequi* 2008, 806, m.nt. A.J.M. Nuytinck.

⁵⁸⁵ HR 22 maart 1996, *NJ* 1996, 640, m.nt. W.M. Kleijn (*Gouden handdruk*).

⁵⁸⁶ Vgl. ten aanzien van de vraag of smartengeld als verknocht moet worden aangemerkt HR 3 januari 1986, *NJ* 1987, 73, m.nt. E.A.A. Luijten (*Antilliaans smartengeld*) en HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693, m.nt. W.M. Kleijn (*Whiplash*).

520. Voor het onderwerp van dit proefschrift is het niet zozeer van belang wanneer een goed als verknocht wordt aangemerkt,⁵⁸⁷ als wel wat de rechtsgevolgen zijn van het al dan niet verknocht zijn van een goed. Is een goed in enige mate verknocht, dan valt het enkel in de gemeenschap ‘voor zover’ de verknochtheid zich hiertegen niet verzet. Met het oog op de verdeling levert dit vijf mogelijkheden op.⁵⁸⁸

- a. Het goed blijft behoren tot het privévermogen van de echtgenoot aan wie het verknocht is. Het goed wordt op geen enkele wijze gemeenschappelijk. Dit betekent dat het goed niet hoeft te worden verdeeld. Evenmin hoeft bij de verdeling acht te worden geslagen op de waarde van het goed.⁵⁸⁹
- b. Het goed wordt in goederenrechtelijke zin niet gemeenschappelijk, maar in economische zin wel. Dat wil zeggen dat het goed behoort tot het privévermogen van de echtgenoot aan wie het verknocht is. Verdeling van het goed is dus niet noodzakelijk. Bij de verdeling van de gemeenschap moet de waarde van het goed echter wel in de verdeling worden betrokken.⁵⁹⁰
- c. Het goed wordt in goederenrechtelijke zin wel gemeenschappelijk, maar in economische zin niet. Dat wil zeggen dat bij de verdeling het goed moet worden toegedeeld aan de echtgenoot aan wie het goed verknocht is, zonder dat met de waarde van het goed rekening wordt gehouden.⁵⁹¹
- d. Het goed valt zowel goederenrechtelijk als economisch in de gemeenschap, maar op grond van de verknochtheid moet het goed in beginsel worden toegedeeld aan de echtgenoot aan wie het goed verknocht is.⁵⁹²

⁵⁸⁷ Voor de beantwoording van deze vraag verwijs ik graag naar de op dit gebied zeer uitgebreide literatuur, zoals De Boer 2002, nr. 300 e.v., Luijten & Meijer 2005, nr. 184 e.v. en Van Mourik & Verstappen 2006, p. 111 e.v.

⁵⁸⁸ Luijten & Meijer 2005, nr. 187, Reinhartz 2008, art. 1:94, aant. 5; vgl. ook MvT Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 1, p. 1186.

⁵⁸⁹ Dit is bijv. het geval bij een invaliditeitspensioen. Zie HR 23 december 1988, *NJ* 1989, 700, m.nt. E.A.A. Luijten (*Invaliditeitspensioen*), Luijten & Meijer 2005, nr. 192, De Boer 2002, nr. 308, Van Mourik & Verstappen 2006, nr. 4.4.4.13, Reinhartz 2008, art. 1:94, aant. 5.

⁵⁹⁰ Krachtens art. 7:808 BW valt het aandeel van een vennoot alleen in economische zin in een huwelijksgemeenschap van die vennoot.

⁵⁹¹ Slechts weinig goederen vallen in deze categorie; zie Reinhartz 2008, art. 1:94, aant. 5. Als voorbeeld kan worden genoemd een levensverzekering, voor zover de aanwijzing onherroepelijk is geschied en de verzekering een verzorgingskarakter heeft; zie Luijten & Meijer 2005, nr. 213.

⁵⁹² Dit wordt aangenomen bij veel niet-overdraagbare rechten. Zie bijv. t.a.v. de rechten van gebruik en bewoning Luijten & Meijer 2005, nr. 217, De Boer 2002, nr. 311, Reinhartz

- e. Het goed valt zowel goederenrechtelijke als economisch in de gemeenschap, maar op grond van een andere reden dan de verknochtheid van het goed bestaat voor één der echtgenoten een toedelingsrecht. Dit toedelingsrecht kan bijvoorbeeld bestaan op grond van art. 3:185 BW of op grond van art. 1:101 BW. Hier is geen sprake van daadwerkelijke verknochtheid, nu het toedelingsrecht niet is gebaseerd op de verknochtheid, maar op een andere grond.⁵⁹³

521. Voor al deze gevallen is het de vraag of een dergelijk goed vatbaar is voor maritaal beslag. De tekst van art. 1:94 lid 3 BW sluit deze mogelijkheid niet uit. Immers, als een goed is verknocht valt het niet in de gemeenschap ‘voor zover’ deze verknochtheid zich hiertegen verzet. Het is dus de vraag of de verknochtheid van een goed zich tegen maritale beslaglegging verzet. Ik zou deze vraag willen beantwoorden aan de hand van het criterium of reële behoefte bestaat aan de mogelijkheid van maritaal beslag. Hierbij neem ik als uitgangspunt, in overeenstemming met de doelen van het maritale beslag, dat van een reële behoefte aan maritaal beslag sprake is als een echtgenoot in aanmerking komt om hetzij het goed toegedeeld te krijgen, hetzij de helft van de waarde van het goed bij de verdeling te ontvangen.

3.1.1 *Het goed valt buiten de gemeenschap*

522. Indien het goed in het geheel buiten de gemeenschap valt, bestaat voor geen van beide echtgenoten een reële behoefte aan maritaal beslag. Het goed is dan ook niet vatbaar voor beslag. Immers, de echtgenoot aan wie het goed verknocht is, is gerechtigd tot het goed en kan zo nodig beslag tot afgifte op de voet van art. 730 Rv leggen. De andere echtgenoot heeft in het kader van de verdeling ten aanzien van dit goed geen rechten die door het beslag zouden moeten worden veiliggesteld.

3.1.2 *Het goed is in economische zin gemeenschappelijk*

523. Is een goed slechts in economische zin gemeenschappelijk, dan moet bij de beantwoording van de vraag naar de behoefte aan maritaal beslag onderscheid worden gemaakt tussen de positie van de echtgenoot aan wie het goed verknocht is, en de andere echtgenoot.

2008, art. 1:94, aant. 5, en t.a.v. niet-overdraagbare vergunningen: Luijten & Meijer 2005, nr. 201, De Boer 2002, nr. 305, Reinhartz 2008, art. 1:94, aant. 5.

⁵⁹³ Vgl. Van Mourik & Verstappen 2006, nr. 4.4.1, die ook wel spreken van subjectieve of gevoelsmatige verknochtheid. Voorbeelden van goederen zijn de goederen die worden genoemd in art. 1:101 BW en industriële of intellectuele eigendomsrechten. Vgl. Luijten & Meijer 2005, nr. 200, De Boer 2002, nr. 306 en Reinhartz 2008, art. 1:94, aant. 5.

524. De echtgenoot aan wie een goed verknocht is, heeft geen behoefte aan maritaal beslag. Een dergelijk goed behoort goederenrechtelijk tot het privévermogen van deze echtgenoot. Dat betekent dat hij het bestuur voert over het goed. Het staat hem in beginsel vrij om over het goed te beschikken of om het weg te voeren. Voor zover de rechten van deze echtgenoot door de andere echtgenoot niet worden gerespecteerd, kan de echtgenoot aan wie het goed verknocht is, beslag tot afgifte op de voet van art. 730 Rv leggen.

525. Voordat kan worden bepaald of de echtgenoot aan wie het goed niet verknocht is behoefte heeft aan de mogelijkheid om maritaal beslag te leggen, moet het recht van deze echtgenoot worden gekwalificeerd. Deze echtgenoot heeft recht om mee te delen in de waarde van het goed. Dit recht kan worden gekwalificeerd als een overbedelingsvordering in de zin van art. 3:185 lid 2, onder b, BW of als een recht op vermogensverrekening dat vergelijkbaar is met het recht op vermogensverrekening dat ontstaat op grond van een finaal verrekenbeding. In het eerste geval wordt de grootte van de vordering bepaald door de waarde van het goed op het moment van de verdeling van de gemeenschap.⁵⁹⁴ In het tweede geval wordt de grootte van de vordering bepaald door de waarde van de goederen op het tijdstip van het echtscheidingsverzoek (vgl. art. 1:142 lid 1, aanhef en onder b, BW).⁵⁹⁵

526. Een goed dat slechts in economische zin gemeenschappelijk is, wordt in goederenrechtelijke zin niet verdeeld. Daarom meen ik dat ook geen sprake is van een overbedelingsvordering, maar van een vordering tot vermogensverrekening. Dit betekent dat de behoefte aan het leggen van maritaal beslag alleen bestaat *totdat* het echtscheidingsverzoek is ingediend. Voor zover vrees bestaat dat de echtgenoot aan wie het goed niet verknocht is zal trachten het verhaal van de verrekeningsvordering te belemmeren, moet een verhaalsbeslag worden gelegd. Dit beslag kan evenwel worden gelegd op het gehele vermogen van de echtgenoot aan wie het goed verknocht is.

527. Zou worden aangenomen dat wél sprake is van een overbedelingsvordering, dan houdt dit niet in dat de grootte van deze vordering wordt bepaald op het moment van de verdeling. Ten aanzien van het verknochte goed vindt immers geen verdeling plaats. Ook is het niet aangewezen om aan te sluiten bij het moment waarop de rest van de gemeenschap wordt verdeeld. Het is immers

⁵⁹⁴ Vgl. nr. 354-358.

⁵⁹⁵ Vgl. Pres. Rb. Alkmaar 14 januari 1993, *NJ* 1994, 20. De president weigert na echtscheiding het verlof om beslag te mogen leggen op pensioenrechten, niet in de gemeenschap vallen nu de president ervan uitgaat dat deze pensioenrechten aan de andere gewezen echtgenoot zijn verknocht. Kraan 1994, p. 389-391, bespreekt deze uitspraak kritisch. Kraan stelt terecht dat op het moment waarop de uitspraak gewezen werd, pensioenrechten wél in goederenrechtelijke zin deel van de gemeenschap uitmaken. Zie thans art. 1:94 lid 4 BW.

goed mogelijk dat de gemeenschap in stappen wordt verdeeld. Het lijkt het meest voor de hand liggend om aan te nemen dat de grootte van de overbedelingsvordering wordt bepaald op het moment waarop de gemeenschap vatbaar wordt voor verdeling. Dat wil zeggen: het moment waarop de gemeenschap wordt ontbonden. Dit houdt thans in dat maritaal beslag kan worden gelegd *totdat* de echtscheidingsbeschikking is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. In wetsvoorstel 28 867 (art. 1:99 BW nieuw) is voorzien dat het ontbindingsmoment van de gemeenschap wordt vervroegd tot het moment van het indienen van het echtscheidingsverzoek. Dat zou betekenen dat ook slechts tot dat moment maritaal beslag kan worden gelegd.

3.1.3 *Het goed is in goederenrechtelijke zin gemeenschappelijk*

528. Ook indien een goed alleen in goederenrechtelijke zin deel uitmaakt van de gemeenschap moet bij de beantwoording van de vraag naar de behoefte aan maritaal beslag onderscheid worden gemaakt tussen de positie van de echtgenoot aan wie het goed verknocht is, en de positie van de andere echtgenoot. De echtgenoot aan wie het goed verknocht is, heeft *recht* op toedeling van het goed. Dit houdt in dat deze echtgenoot op de voet van art. 730 Rv leveringsbeslag kan leggen. Dit neemt niet weg dat deze echtgenoot ook maritaal beslag kan leggen. Het recht op toedeling wordt immers ook via het maritale beslag beschermd. De andere echtgenoot heeft geen behoefte aan de mogelijkheid om maritaal beslag op het verknochte goed te leggen. Deze echtgenoot heeft immers noch recht op toedeling, noch recht op de helft van de waarde van het goed.⁵⁹⁶

3.1.4 *Het goed moet op grond van verknochtheid worden toegedeeld*

529. Indien een goed zowel in economische als in goederenrechtelijke zin deel uitmaakt van de gemeenschap en op grond van de verknochtheid slechts een toedelingsrecht bestaat voor de echtgenoot aan wie het goed is verknocht, hebben beide echtgenoten behoefte aan de mogelijkheid om maritaal beslag te leggen. De echtgenoot aan wie het goed verknocht is, heeft recht op toedeling van het goed en ingeval hij afziet van toedeling van het goed heeft hij recht op de helft van de waarde van het goed. Beide rechten kunnen via maritaal beslag worden veiliggesteld. Ook de andere echtgenoot kan maritaal beslag leggen. Deze echtgenoot heeft immers recht op de helft van de waarde van het goed.

3.1.5 *Het goed moet op een andere grond dan verknochtheid worden toegedeeld*

530. Voor de mogelijkheid om maritaal beslag te leggen is het niet van belang of het toedelingsrecht van een echtgenoot bestaat op grond van verknocht-

⁵⁹⁶ Vgl. Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 21 september 1972, NJ 1973, 72.

heid in de zin van art. 1:94 lid 3 BW, dan wel op een andere grond. Het zojuist besprokene geldt dus ook hier.

3.2 *Eenvoudige gemeenschap tussen de echtgenoten*

531. In de heersende leer wordt aan art. 768 Rv de conclusie verbonden dat maritaal beslag uitsluitend kan worden gelegd op goederen die behoren tot een huwelijksgemeenschap en niet op goederen die behoren tot een andere tussen de echtgenoten bestaande gemeenschap.⁵⁹⁷ Rutgers⁵⁹⁸ en Van der Lee⁵⁹⁹ zijn een andere mening toegedaan. Zij achten maritaal beslag mogelijk op goederen van een tussen de echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap. Zij wijzen daarbij op de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel aanpassing scheidingsprocesrecht (wetsvoorstel 19 242), dat op 4 oktober 1985 bij de Tweede Kamer is ingediend. Deze memorie vermeldt:

‘Er wordt op gewezen dat het begrip gemeenschap van goederen mede omvat enige feitelijke gemeenschap (bij voorbeeld vrije mede eigendom).’⁶⁰⁰

Om redenen die niets met het maritaal beslag hadden te maken, is wetsvoorstel 19 242 door de Eerste Kamer verworpen. Op 9 november 1990 is een nieuw wetsvoorstel herziening scheidingsprocesrecht bij de Tweede Kamer ingediend (wetsvoorstel 21 881). Dit wetsvoorstel heeft het wél tot wet gebracht. Wat betreft de mogelijkheid van beslaglegging op een eenvoudige gemeenschap, stemt de toelichting bij art. 820a (oud) Rv woordelijk overeen met de hierboven geciteerde toelichting.⁶⁰¹ Met de Wet van 7 juli 1994 tot herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht⁶⁰² is de inhoud van art. 820a (oud) Rv overgebracht naar art. 768 Rv. Uit de toelichting op het wetsvoorstel blijkt nergens dat een wijziging is beoogd ten aanzien van de mogelijkheid tot beslaglegging op goederen die behoren tot een andere gemeenschap dan de huwelijksgemeenschap.

532. De geciteerde toelichting stemt niet overeen met de tekst van art. 768 Rv (of die van art. 820a (oud) Rv). Men kan zijn gehuwd in gemeenschap van goederen, maar niet in een eenvoudige gemeenschap. Daarbij komt dat tussen een eenvoudige gemeenschap en een huwelijksgemeenschap de nodige verschillen

⁵⁹⁷ Heemskerk 2006, nr. 255, Van Mierlo 2002, art. 768, aant. 1, Van Mourik & Verstappen 2006, p. 185, De Boer 2002, nr. 358, Jongbloed 2005, art. 768, aant. 2, Schaafsma-Beverluis & Keijser 1995, p. 81, Hof Arnhem 8 mei 1990, *NJ* 1991, 135 en Vزر. Rb. Arnhem 24 mei 2007, *LJN* BA6837.

⁵⁹⁸ Rutgers 1993, p. 44.

⁵⁹⁹ Van der Lee 1997, p. 14.

⁶⁰⁰ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 242, nr. 3, p. 13.

⁶⁰¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 21 881, nr. 3, p. 8.

⁶⁰² *Stb.* 1994, 570.

bestaan.⁶⁰³ Het bestuur van de gemeenschap is anders geregeld en volgens sommigen verschilt de mate van gerechtigdheid tot de goederen (ieder voor het geheel of ieder voor de helft).⁶⁰⁴ Dit neemt echter niet weg dat bij de toepassing van de wet rekening moet worden gehouden met de toelichting daarop. Ik neem daarom aan dat maritaal beslag kan en mag worden gelegd op goederen die behoren tot een eventuele eenvoudige gemeenschap tussen de echtgenoten. Wel zou ik willen aannemen dat tussen (de afwikkeling van) het huwelijk en de eenvoudige gemeenschap voldoende verband moet bestaan. Een dergelijk verband bestaat bijvoorbeeld niet wanneer de echtgenoten ná de vermogensrechtelijke afwikkeling van hun huwelijk gezamenlijk een zaak verkrijgen.

533. De mogelijkheid van beslag op goederen die behoren tot een tussen de echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap, heeft twee praktische voordelen. Ten eerste leidt deze opvatting tot ontlasting van de opheffingsprocedure. Gaat men ervan uit dat maritaal beslag slechts mogelijk is op goederen die behoren tot de huwelijksgemeenschap, dan kan in een conservatiegeschil de vraag aan de rechter worden voorgelegd of een maritaal beslag moet worden opgeheven nu het is gelegd op een goed dat, naar de stellingen van de eiser, behoort tot een tussen de echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap. De opheffingsprocedure is een voorlopige procedure waarin de beslechting van dit soort materiële geschillen idealiter geen plaats heeft. Daarbij komt dat het belang van de beslechting van dit geschil beperkt is nu dit in de regel niet tot een andere verdeling zal leiden.⁶⁰⁵ Een tweede praktisch voordeel is dat ten minste tussen echtgenoten het gat in de rechtsbescherming van de deelgenoten in een eenvoudige gemeenschap dat ik in hoofdstuk III heb geïdentificeerd⁶⁰⁶ is gedicht.

534. De mogelijkheid van maritaal beslag op goederen die behoren tot een eenvoudige gemeenschap, roept de vraag op of een beslag op dergelijke goederen ook mogelijk is als tussen de echtgenoten geen sprake is van enige huwelijksgemeenschap, maar wél een eenvoudige gemeenschap bestaat. Ik ben van mening dat dit het geval is. De hierboven geciteerde passage uit de memorie van

⁶⁰³ Vgl. Van Mourik & Verstappen 2006, p. 185.

⁶⁰⁴ Onder nr. 46-49 heb ik aangegeven dat ik geen voorstander ben van deze laatste opvatting.

⁶⁰⁵ Dat wil niet zeggen dat deze vraag volledig zonder belang is. De vraag tot welke gemeenschap een goed behoort, is wel degelijk relevant voor van de gemeenschaps-schuldeisers. Deze kunnen zich immers overeenkomstig art. 1:95 en 96 BW verhalen op de goederen van de huwelijksgemeenschap. Verder kan worden gewezen op art. 3:179 BW, waarin wordt bepaald dat, ingeval een deelgenoot partiële verdeling van de gemeenschap vordert, de andere deelgenoten gehele verdeling van *die* gemeenschap kunnen vorderen. Daarbij moet wel worden bedacht dat het feit dat de ene echtgenoot partiële verdeling van de ene gemeenschap vordert, de andere echtgenoot niet de bevoegdheid ontnemt om zelfstandig verdeling van de andere gemeenschap te vorderen.

⁶⁰⁶ Zie nr. 505-506.

toelichting sluit deze mogelijkheid zeker niet uit. Bovendien zou de opvatting dat het noodzakelijk is dat naast de eenvoudige gemeenschap óók een huwelijksgemeenschap bestaat om maritaal beslag op de goederen van de eenvoudige gemeenschap mogelijk te maken inconsistente resultaten opleveren. Waarom zouden de goederen die tot de eenvoudige gemeenschap behoren wél in aanmerking moeten komen voor maritale beslaglegging als tussen de echtgenoten een zeer beperkte huwelijksgemeenschap bestaat, bijvoorbeeld een gemeenschap van inboedel of woonhuis, maar niet als tussen de echtgenoten geen huwelijksgemeenschap bestaat? Daarbij komt dat op de liquidatiegemeenschap die ontstaat nadat de huwelijksgemeenschap is ontbonden ook maritaal beslag kan worden gelegd en deze liquidatiegemeenschap slechts op enkele punten verschilt van de eenvoudige gemeenschap, die in de regel bovendien als overgangsgemeenschap kan worden gekwalificeerd. Ik zou daarom zeggen dat ook maritaal beslag kan worden gelegd op een tussen de (gewezen) echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap, ook als tussen hen geen huwelijksgemeenschap bestaat.

3.3 *Goederen waarvan de status is betwist*

535. Niet altijd zal tussen de echtgenoten de gerechtigdheid tot een goed een uitgemaakte zaak zijn. Het is goed mogelijk dat in het licht van een scheidingsprocedure tussen de echtgenoten een conflict ontstaat over de vraag wie van hen is gerechtigd tot een bepaald goed ('een betwist goed'). Geschillen over betwiste goederen worden in beginsel beheerst door art. 1:131 BW. Dit artikel ziet uitsluitend op roerende zaken niet-registergoederen en toondervorderingen. Als ten aanzien van een dergelijk goed geen van de echtgenoten zijn recht kan bewijzen, dan wordt het goed op grond van art. 1:131 BW als gemeenschappelijk aangemerkt. Een bijzondere reden waarom de status van een goed betwist kan zijn, is het feit dat lang niet altijd op voorhand duidelijk is of een goed verknocht is en, zo ja, wat de rechtsgevolgen hiervan zijn. Goederen ten aanzien waarvan deze vraag speelt, zal ik hierna aanduiden als *ongewis verknochte goederen*. Hieronder zal ik voor de betwiste goederen uitwerken in welke mate zij vatbaar zijn voor maritaal beslag. Ik begin daarbij met de eenvoudige betwiste goederen. Vervolgens behandel ik de ongewis verknochte goederen.

3.3.1 *Eenvoudige betwiste goederen*

536. Art. 1:131 BW bepaalt dat een betwiste roerende zaak niet-registergoed of toondervordering als gemeenschappelijk geldt als geen van de echtgenoten zijn recht op de zaak kan bewijzen. Bestaat een huwelijksgemeenschap die het goed kan omvatten, dan wordt het goed als behorende tot deze gemeenschap 'aangemerkt'. Bestaat een dergelijke huwelijksgemeenschap niet, dan wordt het goed 'geacht' gemeenschappelijk te zijn, hetgeen inhoudt dat het goed onderdeel

uitmaakt van een tussen de echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap. Zowel met het woord ‘aangemerkt’ als met het woord ‘geacht’ doelt de wet op een onweerlegbaar rechtsvermoeden.⁶⁰⁷ Hierin bestaat een fundamenteel verschil met de zinsnede ‘wordt vermoed’. Met deze zinsnede drukt de wet uit dat tegenbewijs wél mogelijk is.⁶⁰⁸ Dit betekent dat in de periode waarin geen van de echtgenoten zijn recht kan bewijzen, de wet bepaalt hoe de rechtsverhoudingen liggen⁶⁰⁹ en dat het goed in die periode behoort tot hetzij een tussen de echtgenoten bestaande huwelijksgemeenschap, hetzij een tussen de echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap. Aangezien, zoals hierboven⁶¹⁰ uiteengezet, maritaal beslag kan worden gelegd op zowel goederen die behoren tot de huwelijksgemeenschap als goederen die behoren tot een tussen de echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap, kan ook maritaal beslag worden gelegd op de goederen die op basis van art. 1:131 BW gemeenschappelijk worden.⁶¹¹ Wel is het zo dat het beslag direct moet worden opgeheven zodra één van de echtgenoten zijn recht wél kan bewijzen.⁶¹² Deze regel werkt bijzonder bevredigend. Juist ten aanzien van betwiste goederen bestaat de behoefte aan maritaal beslag.

3.3.2 *Ongewis verknachte goederen*

537. Hierboven⁶¹³ gaf ik reeds aan, dat de vraag of een goed verknocht is, moet worden beantwoord aan de hand van:

‘de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald.’⁶¹⁴

Dit is een zeer open criterium, zodat in een concreet geval gemakkelijk discussie kan ontstaan over het antwoord op de vraag of een goed verknocht is en, zo ja, in welke mate. Deze onzekerheid is van groot belang voor de beantwoording van de vraag of maritaal beslag op een dergelijk goed mogelijk is. Ik ben van mening dat maritaal beslag mogelijk is op alle ongewis verknachte goederen. Ten eerste biedt de tekst van art. 1:94 lid 3 BW ruimte voor de opvatting dat ongewis verknachte goederen in alle omstandigheden vatbaar zijn voor maritaal beslag. Art. 1:94 lid 3 BW stelt dat verknachte goederen geen deel uitmaken van de huwelijksgemeenschap ‘voor zover’ de verknachtheid zich hiertegen verzet. Verknachtheid is een uitzondering op de hoofdregel dat goederen in de huwe-

⁶⁰⁷ Hartkamp 1999, nr. 11.

⁶⁰⁸ Hartkamp 1999, nr. 11.

⁶⁰⁹ Luijten & Meijer 2005, nr. 452.

⁶¹⁰ Nr. 531-534.

⁶¹¹ Anders is het ten aanzien van goederen die op grond van art. 1:131 BW behoren tot een tussen de echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap: Beslagsyllabus 2008, p. 20.

⁶¹² Zie over de vraag wanneer een dergelijk beslag onrechtmatig is nr. 911-915.

⁶¹³ Onder nr. 519.

⁶¹⁴ Zie noot 584.

lijksgemeenschap vallen⁶¹⁵ en zo bezien bestaat er geen bezwaar tegen de opvatting dat, zolang de precieze mate van verknachtheid onduidelijk is, het ongewis verknachte goed behoort tot de huwelijksgemeenschap en vatbaar is voor maritaal beslag. Daarbij komt dat art. 1:131 BW rechtstreeks van toepassing is op ongewis verknachte roerende zaken niet-registergoederen en toondervorderingen, hetgeen betekent dat op deze goederen in ieder geval maritaal beslag mogelijk is. Is een ongewis verknacht goed geen roerende zaak niet-registergoed of toondervordering, dan is art. 1:131 BW niet op dit goed van toepassing. Wél is het beginsel dat aan art. 1:131 BW ten grondslag ligt toepasbaar op het ongewis verknachte goed. Dit beginsel houdt in dat bij geschillen tussen de echtgenoten over een goed gezamenlijke gerechtigdheid het uitgangspunt is, tenzij één van de echtgenoten daadwerkelijk anders kan bewijzen. Bij deze bewijslevering behoren 'toevalligheden', zoals de bewijsvermoedens van art. 3:109 jo. art. 3:119 BW, geen rol te spelen. Deze gedachte sluit aan bij de gedachte dat verknachtheid een uitzondering betreft en gezamenlijke gerechtigdheid ingeval van onzekerheid de regel moet zijn.

538. Aan de onzekerheid die met de verknachtheid gepaard gaat, komt pas definitief een einde als de rechter zich over de mate van verknachtheid heeft uitgesproken en deze uitspraak gezag van gewijsde heeft verkregen, of als de echtgenoten over deze vraag een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten. Zodra dit het geval is, kan een reeds gelegd maritaal beslag alleen worden gehandhaafd voor zover de beslaglegger een reële behoefte aan dit beslag heeft. Een verlot tot het leggen van maritaal beslag kan alleen onder dezelfde voorwaarde worden verleend. In de periode waarin nog geen zekerheid bestaat over het al dan niet verknacht zijn van het goed en de rechtsgevolgen daarvan, kan de rechter op grond van de vermoedelijke verknachtheid een verlot tot het leggen van maritaal beslag ook weigeren en/of een reeds gelegd maritaal beslag opheffen, als dit volgt uit een weging van de belangen van beide (ex-)echtgenoten.⁶¹⁶

4 Ruimere beslagmogelijkheden?

539. Op sommige goederen kan geen verhaalsbeslag worden gelegd. Zo sluit bijvoorbeeld art. 447 Rv het beslag op bed en beddengoed van de geëxecuteerde uit. Het is onduidelijk of verdelingsbeslag kan worden gelegd op goederen die niet vatbaar zijn voor verhaalsbeslag. Bij de beantwoording van deze vraag maak ik onderscheid tussen twee redenen voor onvatbaarheid van een goed voor een verhaalsbeslag. De eerste reden voor onvatbaarheid voor een verhaalsbeslag is gelegen in het feit dat een goed dat in het algemeen vatbaar zou zijn voor verhaalsbeslag, op grond van een bijzondere – in wet of rechtspraak vastgelegde –

⁶¹⁵ Zie noot 585.

⁶¹⁶ Vgl. HR 30 juni 2006, NJ 2007, 483, m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*).

regel, in een bijzonder geval niet vatbaar is voor verhaalsbeslag (4.1). De tweede reden is gelegen in het feit dat de wet niet voorziet in de wijze van beslaglegging voor een bepaald type goed (4.2). Tot slot behandel ik een fraai voorbeeld van een goed dat niet vatbaar is voor verhaalsbeslag, maar mijns inziens wel voor maritaal beslag: het beslag op kredietruimte (4.3).

4.1 Van beslag uitgesloten goederen

540. Het verhaalsbeslag vormt een uitwerking van het recht van de schuldeiser om zich op alle goederen van zijn schuldenaar te verhalen (art. 3:276 BW).⁶¹⁷ Uit de regel dat de schuldeiser zich op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen vloeit de regel voort dat de schuldeiser op alle goederen van zijn schuldenaar beslag kan leggen (art. 435 lid 1 Rv). Op deze regel bestaan echter uitzonderingen: niet alle goederen zijn vatbaar voor beslag. Hierboven noemde ik al het verbod om beslag te leggen op het bed en beddengoed van de schuldenaar (art. 447 Rv). Aangezien de bepalingen betreffende het verhaalsbeslag van overeenkomstige toepassing zijn op een verdelingsbeslag (art. 734 en 769 Rv), ligt het voor de hand om aan te nemen dat onvatbaarheid van een goed voor verhaalsbeslag ook onvatbaarheid van dat goed voor verdelingsbeslag meebrengt. In deze paragraaf onderzoek ik of dit inderdaad het geval is. Daartoe behandel ik eerst de gevallen waarin een goed niet vatbaar is voor verhaalsbeslag en analyseer ik de verklaring hiervoor (4.1.1). Vervolgens beantwoord ik de vraag of de onvatbaarheid voor verhaalsbeslag in deze gevallen ook daadwerkelijk de onvatbaarheid voor verdelingsbeslag met zich meebrengt (4.1.2).

4.1.1 Ratio voor de onvatbaar voor verhaalsbeslag

541. Huydencooper heeft in zijn conclusie voor het arrest Oberdorf/Linssen q.q.⁶¹⁸ een bruikbare indeling gemaakt van de gevallen waarin een goed niet vatbaar is voor verhaalsbeslag en mitsdien een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel zoals vastgelegd in art. 3:276 BW en 435 Rv. Deze indeling is gebaseerd op de ratio die ten grondslag ligt aan deze uitzonderingen. Bij deze indeling moet met Huydencooper worden opgemerkt dat in een aantal gevallen meer dan één ratio kan worden aangewezen. Huydencooper onderscheidt vier motieven waarom de schuldeiser de mogelijkheid van beslag wordt onthouden. Dit zijn:

- a. de bescherming van een bestaansminimum voor de schuldenaar;
- b. de bescherming van de bestemming van een goed;
- c. de ‘verknochtheid’ van een goed aan de persoon van de schuldenaar;

⁶¹⁷ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 420.

⁶¹⁸ HR 22 november 2002, NJ 2003, 32, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Oberdorf/Linssen q.q.*).

- d. het feit dat executie nog niet te realiseren is.

Over elk van deze motieven merk ik het volgende op.

Bescherming van een bestaansminimum

542. De eerste groep van uitzonderingen bestaat uit gevallen waarin goederen aan beslag worden onttrokken op grond van de gedachte dat aan de schuldenaar een ‘bestaansminimum’ moet worden gelaten. Hierbij moet worden gedacht aan de gevallen waarop de artikelen 447, 448 en 475b-475d Rv zien. Art. 447 en 448 Rv bepalen onder andere dat het bed en beddengoed van de debiteur en bepaalde gereedschappen die hij voor zijn beroep nodig heeft niet voor beslag vatbaar zijn. De artikelen 475b-475d Rv bevatten de regeling van de beslagvrije voet. Deze regeling strekt ertoe

‘degene die zijn noodzakelijke uitgaven uit periodieke inkomsten moet bekostigen wel een zekere bescherming [te verlenen], maar slechts in die mate dat hij voor de lopende kosten van het bestaan nog juist genoeg in handen moet krijgen, ook al ligt er beslag op dit inkomen.’⁶¹⁹

Bescherming van de bestemming

543. De tweede groep van uitzonderingen wordt gevormd door de gevallen waarin een goed aan de mogelijkheid van beslag wordt onttrokken op grond van de bestemming die daaraan is gegeven. De gedachte is dat het goed alleen mag dienen voor die bepaalde bestemming. Huydencooper noemt toekomstige pensioenaanspraken, ouderlijk vruchtgenot, onder bewind gesteld vermogen en de storting wegens beperking van de aansprakelijkheid van scheepseigenaren. Hij merkt op dat deze overweging ook heeft meegespeeld bij de uitzonderingen die art. 22a en 295a Fw maken ten aanzien van rechten uit hoofde van levensverzekeringen. Aan de door Huydencooper genoemde gevallen kunnen twee gevallen worden toegevoegd, namelijk het verbod om beslag te leggen op goederen bestemd voor openbare dienst (art. 436 en 703 Rv) en het verbod om beslag te leggen op het gedeelte van een vordering dat krachtens de wet wordt ingehouden uit hoofde van een ziektekostenverzekering of – kort gezegd – een oudedagsvoorziening (art. 475a lid 2 Rv).

Verknachtheid

544. De derde groep uitzonderingen wordt gevormd door de gevallen waarin een goed aan de mogelijkheid van beslag wordt onttrokken op grond van de gedachte dat dit goed sterk met de persoon van de schuldenaar is ‘verknocht’.⁶²⁰ In

⁶¹⁹ MvT, *Kamerstukken II* 1982/83, 17 897, nr. 3, p. 9.

⁶²⁰ Voor alle duidelijkheid: ik doel hier niet op de gevallen van verknachtheid in de zin van art. 1:94 lid 3 BW, al zullen tussen de gevallen van verknachtheid in de zin van die bepa-

deze groep valt het recht op smartengeld zoals bedoeld in art. 6:106 lid 2 BW en het auteursrecht voor zover dit niet door de rechthebbende is overgedragen en voor zover deze nog in leven is. Ook noemt Huydencooper het recht om zich op art. 1:88 BW te beroepen.

Niet-realiseerbaarheid van de executie

545. De vierde groep van gevallen wordt gevormd door die gevallen waarin de executie van een ‘vermogensbestanddeel’ (nog) niet mogelijk is. Huydencooper noemt het geval van de arbeidscapaciteit van de schuldenaar voor zover deze nog niet tot uiting is gekomen in reeds verrichte lonende arbeid of reeds aangegane verplichtingen arbeid te verrichten. Hier is geen sprake van een aan de debiteur verknocht goed. Evenmin is het onaanvaardbaar dit tot het voor verhaal vatbare vermogen te rekenen. Immers, in het geval dat de arbeidscapaciteit van de debiteur wordt aangetast en hij op grond daarvan een schadevergoedingsaanspraak krijgt, behoort deze aanspraak wél tot het voor verhaal vatbare vermogen. Wel is het zo dat in zo’n geval de executie in verband met het verbod op slavernij niet kan worden gerealiseerd.⁶²¹ Aan de categorie van gevallen situaties waarin een goed niet vatbaar is voor beslag omdat het goed niet kan worden geëxecuteerd zou ik willen toevoegen de situatie waarin een vordering niet vatbaar is voor beslag omdat deze vordering in het buitenland moet worden geïnd en dit in verband met de daar geldende wetgeving niet door de beslaglegger kan worden gedaan. In een dergelijk geval is de vordering zoals blijkt uit de toelichting bij art. 475a Rv niet voor beslag vatbaar.⁶²²

4.1.2 Betekenis voor verdelingsbeslagen

546. De vraag rijst of deze uitzonderingen ook betekenis hebben voor de mogelijkheid om verdelingsbeslag te leggen.⁶²³ Kijkt men naar de letter van de wet, dan moeten alleen de uitzonderingen van art. 447 en 448 Rv bij het deelgenotenbeslag buiten toepassing blijven. Immers, deze artikelen worden door art. 734 Rv buiten toepassing verklaard. De toelichting op dit artikel is mager. Volstaan wordt met de opmerking dat:

‘[e]xecutie tot afgifte of levering aan degene die recht op zodanige afgifte en levering heeft, behoort van deze goederen mogelijk te blijven. Men denk aan het geval

ling en de hier aan de orde zijnde gevallen van ‘verknochtheid’ wel zekere parallellen bestaan. In de regel zullen goederen die verknocht zijn in de zin van het beslagrecht tevens verknocht zijn in de zin van art. 1:94 lid 3 BW.

⁶²¹ Een uitzondering hierop is te vinden in art. 479a Rv, de regeling van het fictieve loon.

⁶²² MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 154 en 155, met verwijzing naar HR 26 november 1954, *NJ* 1955, 698, m.nt. D.J. Veegens (*Lindeteves/Meilink*).

⁶²³ Meer algemeen kan men zich de vraag stellen of deze uitzonderingen betekenis hebben voor de mogelijkheid om op deze goederen een reëel beslag te leggen.

dat iemand goederen als bedoeld in artikel 447 aan een ander heeft geleend of verkocht heeft.⁶²⁴

Vroeger kon op basis van art. 808e (oud) Rv worden verdedigd dat de beslagvrije voet bij maritaal beslag buiten toepassing moest blijven. Dit artikel verklaarde voor maritaal derdenbeslag alleen art. 476a tot en met 477a Rv van toepassing. Sinds de Wet herziening van het procesrecht in zaken van personen en familierecht verklaart art. 770 Rv ook art. 475 tot en met 475i Rv van toepassing. Hiermee worden ook de beslagverboden van art. 475a en 475b tot en met 475d van toepassing. Uit de toelichting blijkt niet dat de wetgever zich hiervan bewust is geweest.⁶²⁵

547. Het voorgaande betekent niet dat *a contrario* mag worden geredeneerd en dat moet worden geconcludeerd dat in alle andere gevallen de beslagverboden wél van toepassing zijn. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 734, 769 en 770 Rv blijkt, behoudens in de gevallen van art. 447 en 448 Rv, niet dat de wetgever zich de vraag heeft gesteld of de beslagverboden die gelden voor verhaalsbeslag van toepassing dienen te zijn op een verdelingsbeslag. Het lijkt er meer op dat de wetgever met art. 734, 769 en 770 Rv de *regeling* van het beslag van toepassing heeft willen verklaren en zich niet of nauwelijks om de vatbaarheid voor beslag heeft bekommerd. Daarbij komt dat de tekst van art. 734, 769 en 770 Rv ruimte biedt voor de opvatting dat de beslagverboden niet van toepassing zijn op een verdelingsbeslag. Deze bepalingen spreken immers slechts van ‘overeenkomstige toepassing’.

548. Analyseert men de motieven die aan de hierboven behandelde beslagverboden ten grondslag liggen, dan blijkt dat deze motieven maar zeer beperkte betekenis hebben voor de verdelingsbeslagen. Hieronder zal ik aan de hand van deze vier motieven ingaan op de vraag of niet voor verhaalsbeslag vatbare goederen wél vatbaar zijn voor een verdelingsbeslag.

Bescherming van een bestaansminimum

549. De gedachte dat de wet een persoon niet de middelen mag ontnemen die noodzakelijk zijn voor een bestaansminimum, is een gedachte die ook relevant is voor de beantwoording van de vraag of deze goederen vatbaar zijn voor een verdelingsbeslag. Hierbij moet echter onderscheid worden gemaakt tussen die goederen die een deelgenoot *gebruikt* voor het realiseren en in stand houden van zijn bestaansminimum en die goederen die een deelgenoot *verbruikt* voor het realiseren en in stand houden van zijn bestaansminimum.

⁶²⁴ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 335.

⁶²⁵ Vgl. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 487, nr. 3, p. 16.

550. De goederen die een deelgenoot *gebruikt* bij het realiseren en in stand houden van zijn bestaansminimum, zijn de goederen genoemd in art. 447 en 448 Rv. Er is geen bezwaar tegen een verdelingsbeslag op deze goederen. Ten eerste is het zo dat de beslaglegger een reëel belang heeft bij het leggen van dit beslag. De (gewezen) echtgenoot die maritaal beslag legt op het (voormalig) echtelijk bed heeft hetzij een belang bij de toedeling hiervan, hetzij een belang bij de helft van de waarde hiervan. De (gewezen) samenwonende die meent dat het gezamenlijke bed in het bijzonder in aanmerking komt om aan hem te worden toegewezen, heeft evenzeer een belang bij het leggen van deelgenotenbeslag. Ten tweede ontnemt een verdelingsbeslag de beslagene niet de mogelijkheid om deze goederen te gebruiken. In mijn voorbeeld kan de beslagene tot de verdeling gebruik blijven maken van het gezamenlijke bed.

551. Het belangrijkste voorbeeld van goederen die een deelgenoot *verbruikt* bij het realiseren en in stand houden van zijn bestaansminimum, is dat deel van de periodieke vorderingen die in verband met de beslagvrije voet niet vatbaar zijn voor beslag. Daarnaast kan worden gedacht aan het voedsel dat aan de gezamenlijke deelgenoten toebehoort en door hen wordt geconsumeerd (vgl. art. 447, aanhef en onder 3^o, Rv). Aangezien het niet vaak zal voorkomen dat op dit voedsel beslag wordt gelegd, laat ik dit hier verder buiten beschouwing.

552. Een deelgenotenbeslag op de beslagvrije voet is moeilijk denkbaar. Het valt niet in te zien waarom een deelgenoot recht op toedeling van (toekomstige) periodieke vorderingen zou hebben. Bij een maritaal beslag is dit beter denkbaar. Bij de beantwoording van de vraag of de beslagvrije voet vatbaar is voor maritaal beslag is van belang dat de beslagvrije voet wordt aangepast aan de persoonlijke omstandigheden van de beslagene. Verlaat een (gewezen) echtgenoot de echtelijke woning, dan wordt de beslagvrije voet van de andere (gewezen) echtgenoot verminderd.⁶²⁶ De beslagvrije voet vormt dus daadwerkelijk zijn bestaansminimum. Het toestaan van maritaal beslag komt dus neer op het toestaan van de mogelijkheid dat de (gewezen) echtgenoten elkaar uithongeren. Op deze grond zou ik willen aannemen dat maritaal beslag op de beslagvrije voet niet mogelijk is.

553. Voor zover een echtgenoot behoefte heeft aan een uitkering voor zijn levensonderhoud, bestaat een andere weg dan het leggen van maritaal beslag. De desbetreffende echtgenoot kan de rechter verzoeken om – al dan niet voorlopig – een dergelijke uitkering vast te stellen (art. 822 lid 1, aanhef en onder e, Rv en art. 1:157 BW jo. art. 827 lid 1, aanhef en onder a, Rv). Voor deze vordering kan weliswaar verhaalsbeslag worden gelegd, maar niet op het gedeelte van een pe-

⁶²⁶ Zie art. 475d Rv dat voor berekening van de beslagvrije voet verwijst naar de Wet werk en bijstand (Wet van 9 oktober 2003, *Stb.* 2003, 375).

riedieke vordering dat de beslagvrije voet te boven gaat. Biedt de andere echtgenoot in verband hiermee geen verhaal, dan moet een oplossing worden gevonden in het aanvragen van een bijstandsuitkering.

Bescherming van de bestemming

554. Goederen kunnen aan de mogelijkheid van verhaalsbeslag zijn onttrokken op grond van hun bijzondere bestemming. De vraag of op deze goederen wel vatbaar zijn voor verdelingsbeslag moet mijns inziens worden beantwoord door te bezien of het verdelingsbeslag en de daaropvolgende verdeling ertoe zouden leiden dat de bijzondere bestemming van het goed verloren gaat. Ter illustratie hiervan geef ik twee voorbeelden. Ten eerste het voorbeeld van beslag op goederen die bestemd zijn voor openbare dienst. Als een publieke en een private partij samenwerken, is het mogelijk dat zij gezamenlijk gerechtigd worden tot dit type goederen. Eindigt de samenwerking, die dikwijls als een personenvennootschap zal moeten worden gekwalificeerd, dan is er geen reden om aan te nemen dat de publieke partij geen deelgenotenbeslag op deze goederen kan leggen. Deze goederen komen immers in het bijzonder ervoor in aanmerking om aan de publieke partij te worden toebedeeld en door het leggen van deelgenotenbeslag wordt dan gegarandeerd dat de bestemming van de goederen behouden blijft. Daarom ben ik van mening dat deelgenotenbeslag voor de publieke partij mogelijk is.⁶²⁷ Als voorbeeld van een situatie waarin de beschermde bestemming van een goed wél beslaglegging in de weg staat kan de situatie dienen waarin maritaal beslag wordt gelegd op dat gedeelte van een vordering dat krachtens de wet wordt ingehouden uit hoofde van een ziektekostenverzekering. Krachtens art. 475a lid 2 Rv is beslag op dit gedeelte niet mogelijk. Maritaal beslag kan dan leiden tot de ongewenste situatie dat de ziektekostenverzekeraar de ziektekostenverzekeringsovereenkomst opzegt. Het behoeft geen betoog dat de ene (gewezen) echtgenoot de andere (gewezen) echtgenoot geen ziektekostenverzekering mag onthouden.

Verknochtheid

555. Verknochtheid van een goed aan een bepaalde persoon, staat in de regel niet alleen in de weg aan de vatbaarheid van dat goed voor het verhaalsbeslag, maar ook aan de overdraagbaarheid van het goed. Of beter gezegd: de verknochtheid van het goed eindigt zodra het goed wordt overgedragen. Neem het voorbeeld van het recht op smartengeld. Wordt dit recht overgedragen, dan eindigt de verknochtheid (art. 6:106 lid 2 BW). Uit de regel dat verknochtheid eindigt zodra het goed wordt overgedragen, volgt dat een verknocht goed geen deel uit kan maken van een andere gemeenschap dan een huwelijksgemeenschap.

⁶²⁷ Vgl. Rb. 's-Gravenhage 30 mei 2007, *LJN* BA6146.

Zodra het goed door overdracht, of een daarmee gelijk te stellen handeling, deel gaat uitmaken van een gemeenschap eindigt de verknochtheid. Verdelingsbeslag wordt daarmee mogelijk. Een uitzondering op deze regel vormt de situatie waarin een verknocht goed door boedelmenging deel gaat uitmaken van een huwelijksgemeenschap. In dat geval wordt de mate waarin het goed gemeenschappelijk wordt, beheerst door de verknochtheidsregeling van art. 1:94 lid 3 BW. De vraag in hoeverre een dergelijk goed voor maritaal beslag in aanmerking komt, heb ik hierboven reeds beantwoord.⁶²⁸

Niet-realiseerbaarheid van de executie

556. Het feit dat de executie van een goed niet kan worden gerealiseerd, staat in de weg aan de vatbaarheid van het goed voor verhaalsbeslag. Dit wil echter niet zeggen dat het goed niet vatbaar is voor verdelingsbeslag, aangezien een verdelingsbeslag niet tot een traditionele vorm van executie leidt. Neem het voorbeeld van een vordering die in het buitenland moet worden geïnd, terwijl inning door de beslaglegger op grond van het Nederlandse beslag in het buitenland onmogelijk is. Deze vordering kan wellicht wel aan één van de deelgenoten worden toegedeeld en geleverd. De desbetreffende deelgenoot kan de vordering vervolgens innen. De vraag is uiteraard wel of het buitenland het Nederlandse beslag zal erkennen. Is dit niet het geval, dan is de vordering niet vatbaar voor beslag, althans strekken de gevolgen van het beslag zich niet uit tot de buitenlandse debiteur.

4.2 Goederen waarvan de wijze van beslaglegging niet is geregeld

557. Wil een goed vatbaar zijn voor beslag, dan moet de wet voorzien in een wijze van beslaglegging. Zo worden roerende zaken niet-registergoederen beslagen overeenkomstig de regels van art. 439 e.v. Rv en onroerende zaken overeenkomstig art. 502 e.v. Rv. Tot een gemeenschap kunnen echter ook goederen behoren die in de regel niet als verhaalsobject kunnen dienen en waarvoor de wet ook geen beslagvorm kent. Bijvoorbeeld een niet-overdraagbare vergunning, waarvan toedeling in het kader van de verdeling van de gemeenschap wél mogelijk is of die door de toedeling van een ander goed ‘mee gaat’.⁶²⁹ De vraag hoe op deze goederen beslag kan worden gelegd, wordt beantwoord door art. 474bb en 711 lid 3 Rv. Art. 474bb Rv regelt het executoriale verhaalsbeslag op rechten waarvan de executie niet elders in de wet is geregeld. Uit art. 702 en 711 lid 3 Rv blijkt dat op deze goederen ook conservatoir verhaalsbeslag kan worden gelegd. Op grond van art. 734 en 769 Rv kan op deze goederen ook een verdelingsbeslag worden gelegd. Deze mogelijkheid is voor het verdelingsbeslag van

⁶²⁸ Zie nr. 519-530.

⁶²⁹ Vgl. HR 9 april 2004, NJ 2004, 331 (*Agin/Lisbosan q.q.*) en HR 16 mei 1997, NJ 1998, 238, m.nt. M. Scheltema (*Helden-Dircks/Peters-Dircks*).

groter belang dan voor het verhaalsbeslag. Immers, de kans dat tot een gemeenschap goederen behoren waarvan de executie niet is geregeld, is groter dan de kans dat een schuldeiser zich wil verhalen op een goed waarvan de executie niet is geregeld. Zo is verhaalsbeslag op de bovengenoemde vergunning niet mogelijk maar verdelingsbeslag wél.

558. Beslag op goederen waarvan de executie niet elders is geregeld, moet ingevolge art. 474bb Rv op overeenkomstige wijze worden gelegd als het beslag op roerende zaken niet-registergoederen. Dit betekent dat het beslag wordt gelegd bij exploit (art. 440 jo. art. 474bb Rv). Gaat het om een recht dat tegen een derde moet worden uitgeoefend, dan is voor het beslag tevens betekening aan die derde vereist (art. 474bb lid 3 Rv). De vraag of het achterwege laten van deze betekening tot nietigheid leidt, wordt door de wet en de parlementaire geschiedenis⁶³⁰ niet beantwoord. Evenmin wordt antwoord gegeven op de vraag of het beslag plichten voor de derde schept.

559. Deze vragen kunnen op twee manieren worden beantwoord. Ten eerste kan worden aangesloten bij de regeling van het derdenbeslag. In dat geval is een beslag dat niet aan de derde is betekend, nietig (art. 475 lid 1 Rv). Is het beslag wél betekend, dan roept dit beslag de verplichting voor de derde in het leven om de beslagen zaken onder zich te houden en de beslagen vorderingen niet uit te keren aan de beslagdebiteur. Sluit men niet aan bij de regeling van het derdenbeslag, dan moet worden aangenomen dat – nu een expliciete regeling voor nietigheid van het beslag ontbreekt – het achterwege blijven van betekening aan de derde de geldigheid van het beslag niet aantast. Volgt men deze redenering dan schept het beslag, of het nu betekend is of niet, geen verplichtingen voor de derde, nu ook hiervoor een expliciete regeling ontbreekt. Zelf ben ik geneigd om voor de eerste oplossing te kiezen. Het beslag van art. 474bb kan namelijk ook worden gelegd op niet-opeisbare vorderingen. De opvatting dat de geldigheid van het beslag niet afhangt van de betekening aan de derde én dat het beslag voor de derde niet de plicht tot achterwege laten van uitkering van de vordering op het moment dat deze opeisbaar wordt met zich meebrengt, lijkt mij niet aanvaardbaar. Wel zou ik willen aannemen dat – net als bij het derdenbeslag – op de beslaglegger de plicht rust om de derde op zijn verplichtingen te wijzen.

4.3 *Beslag op kredietruimte*

560. Kredietruimte vormt een fraai voorbeeld van een goed dat niet vatbaar is voor verhaalsbeslag. Enige jaren geleden is naar aanleiding van een artikel van Vriesendorp in het WPNR⁶³¹ in de literatuur een felle discussie losgebrand over de mogelijkheid van verhaalsbeslag op kredietruimte. Met kredietruimte wordt

⁶³⁰ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 146.

⁶³¹ Vriesendorp 2001, p. 719-721.

bedoeld het recht van de kredietnemer (de cliënt) om tot een bepaald maximum-bedrag krediet van de kredietgever (de bank) te ontvangen. Dit recht kan door de cliënt worden ingeroepen door enkele wilsuiking, bijvoorbeeld door het geven van een opdracht om een bepaald bedrag aan een derde over te maken, of door opname van een bedrag in contanten.⁶³² Aan deze discussie is een einde gekomen met het arrest Van den Bergh/Van der Walle.⁶³³ In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat verhaalsbeslag op kredietruimte naar Nederlands recht niet mogelijk is. Daarmee is de vraag of op kredietruimte wel verdelingsbeslag kan worden gelegd nog onbeantwoord. Op deze kwestie ga ik in hier nader in. In dat kader besteed ik eerst aandacht aan de overwegingen die de Hoge Raad hebben gebracht tot het oordeel dat kredietruimte niet vatbaar is voor verhaalsbeslag (4.3.1). Vervolgens zal ik de vraag beantwoorden of verdelingsbeslag op kredietruimte wél mogelijk is (4.3.2).

4.3.1 *Kredietruimte als beslagobject*

561. In het arrest Van den Bergh/Van der Walle komt de Hoge Raad tot het oordeel dat kredietruimte niet vatbaar is voor verhaalsbeslag. Om tot dit oordeel te komen, beantwoordt de Hoge Raad twee nauw met elkaar verweven vragen. Ten eerste de vraag hoe kredietruimte beslag- en vermogensrechtelijk moet worden geduid. Kredietruimte is pas vatbaar voor beslag als sprake is van een voor beslag vatbaar vermogensrecht. De tweede vraag die de Hoge Raad diende te beantwoorden, betrof die naar klemmende praktische bezwaren tegen de vatbaarheid van kredietruimte voor verhaalsbeslag. De Hoge Raad behandelt deze twee vragen aan de hand van drie opvattingen. In de eerste opvatting, de ruime opvatting, wordt kredietruimte gezien als een voor beslag vatbaar vermogensrecht. Dit vermogensrecht wordt gekwalificeerd als hetzij een op het moment van beslaglegging bestaande vordering die overeenkomstig art. 475 Rv kan worden beslagen, hetzij een vermogensrecht *sui generis*, dat krachtens art. 474bb Rv kan worden beslagen. In de tweede opvatting, de ‘tussenopvatting’, geeft kredietruimte op het moment van beslaglegging geen aanleiding tot een voor beslag vatbaar vermogensrecht. In deze opvatting ontstaat een dergelijk vermogensrecht pas als de gerechtigde tot de kredietruimte deze kredietruimte daadwerkelijk inroept. Dat wil zeggen: het moment dat hij de bank opdracht geeft om ten laste van de kredietruimte een bepaald bedrag aan een derde over te maken of door opname van een bedrag in contanten. In deze opvatting ontstaat op dát moment een voor beslag vatbare vordering die, in de woorden van art. 475 Rv, rechtstreeks voortvloeit uit een ten tijde van de beslaglegging reeds be-

⁶³² Vgl. voor dergelijke definities bijv. Van der Kwaak 2004, p. 133, Voûte 2002, p. 528-529, Verdaas 2002, p. 34, Blomkwist 2002, 534.

⁶³³ HR 29 oktober 2004, *NJ* 2006, 203, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2005, 846, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Van den Bergh/Van der Walle*).

staande rechtsverhouding. In de derde opvatting, de ‘enge opvatting’, ontstaat ook op dit moment geen voor beslag vatbare vordering, hetzij omdat de vordering die ontstaat niet voldoet aan de ‘rechtstreeks’-eis van art. 475 Rv, hetzij omdat praktische bezwaren aan beslaglegging in de weg staan.

562. Hoewel het cassatiemiddel niet is gebaseerd op de ruime opvatting, ziet de Hoge Raad toch aanleiding om deze opvatting behandelen en te verwerpen. De Hoge Raad overweegt:

‘Voor de bank die aan zijn cliënt een kredietfaciliteit heeft verschaft, ontstaat pas een verbintenis tot uitbetaling van een bedrag uit de kredietruimte (aan de cliënt zelf of aan een door deze aangewezen derde) wanneer die cliënt van zijn bevoegdheid tot afroep gebruik maakt. Het enkele bestaan van een kredietrelatie tussen bank en cliënt brengt dus niet mee dat de cliënt reeds op die grond een – vooralsnog voorwaardelijke – vordering heeft op de bank, ook al vindt de vordering die na afroep ontstaat haar onmiddellijke grondslag in de tussen bank en cliënt gesloten kredietovereenkomst (vgl. HR 25 maart 1988, nr. 13 171, NJ 1989, 200). Hieruit volgt dat het enkele bestaan van een kredietrelatie tussen bank en cliënt nog geen voor beslag vatbare vordering van de cliënt op de bank impliceert.’

Hiermee sneuvelt de opvatting dat kredietruimte zelf als vorderingsrecht moet worden geduid.

563. Vervolgens behandelt de Hoge Raad de vraag of kredietruimte, althans het wilsrecht om kredietruimte in te roepen, moet worden beschouwd als een voor beslag vatbaar recht *sui generis* in de zin van art. 474bb Rv. De Hoge Raad verworpt die opvatting op grond van het feit dat het wilsrecht noch kan worden overgedragen, noch door de beslaglegger kan worden uitgeoefend. De Hoge Raad overweegt:

‘Het onderhavige wilsrecht is niet vatbaar voor overdracht omdat door overdracht een rechtsbetrekking zou ontstaan tussen de derde aan wie het recht wordt overgedragen en de kredietverlenende bank, zonder dat de bank daarover enigerlei zeggenschap zou hebben, terwijl voor haar de persoon van haar wederpartij van groot belang is.

De vraag of de beslaglegger in verband met een door hem gelegd derdenbeslag een door de beslagene nog niet uitgeoefend wilsrecht in diens plaats mag uitoefenen, laat zich niet in algemene zin beantwoorden aangezien het antwoord afhankelijk is van de aard van het wilsrecht in kwestie. Zulks volgt mede uit de art. 477 lid 4 en 479 l-q Rv waarin – in het kader van executoriaal beslag – een specifieke regeling wordt gegeven voor een tweetal bijzondere gevallen, zonder dat uit de tekst van die bepalingen of de daarop gegeven toelichting blijkt dat daarmee een precisering is bedoeld van een algemene regel. Wat betreft het onderhavige wilsrecht moet worden aangenomen dat dit niet kan worden uitgeoefend door de beslaglegger. Indien immers de bank op grond van het derdenbeslag, zodra dit in de executoriale fase is geraakt, verplicht zou kunnen worden een bedrag ter hoogte van de voor de cliënt nog beschikbare kredietruimte aan de beslaglegger te voldoen, zou daardoor tegelijkertijd een tegenvordering van de bank op de beslagene/cliënt ontstaan tot terugbetaling van dit bedrag. Ingevolge art. 6:130 leden 1 en 2 BW mag de bank deze tegenvorde-

ring in verrekening brengen met de vordering van de beslaglegger tot afdracht van het zojuist bedoelde bedrag omdat deze tegenvordering uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeit als de beslagen vordering. Aan te nemen valt dat de bank (vrijwel) altijd van haar bevoegdheid tot verrekening gebruik zal maken. Uitoefening van het onderhavige wilsrecht door de beslaglegger is derhalve niet op zinvolle wijze mogelijk (al aangenomen dat een derdenbeslag op een kredietrekening niet, krachtens een tevoren tussen bank en cliënt gemaakt beding, leidt tot blokkering of zelfs opzegging van de kredietfaciliteit door de bank; daarbij verdient aantekening dat de beslaglegger een zodanig beding moet respecteren omdat hij zich door het beslag niet meer rechten kan verwerven dan de beslagene had).’

564. Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan de behandeling van de tussenopvatting. Zoals gezegd, had de Hoge Raad al overwogen:

‘Het enkele bestaan van een kredietrelatie tussen bank en cliënt brengt dus niet mee dat de cliënt reeds op die grond een – vooralsnog voorwaardelijke – vordering heeft op de bank, ook al vindt de vordering die na afroep ontstaat haar onmiddellijke grondslag in de tussen bank en cliënt gesloten kredietovereenkomst (vgl. HR 25 maart 1988, nr. 13 171, *NJ* 1989, 200).’

Hiermee kwalificeert de Hoge Raad de vordering die ontstaat door het invoeren van kredietruimte als een vordering die in de woorden van art. 475 Rv rechtstreeks voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding, namelijk de kredietovereenkomst.⁶³⁴

565. Dit houdt echter niet in dat deze vordering ook vatbaar is voor verhaalsbeslag. De Hoge Raad oordeelt dat op praktische gronden moet worden aangenomen dat kredietruimte in het geheel niet vatbaar is voor verhaalsbeslag. Allereerst overweegt de Hoge Raad dat uit de parlementaire geschiedenis van art. 475 Rv blijkt dat de wetgever beducht was voor een beslag zonder een reëel uitzicht op executie. De Hoge Raad citeert de memorie van antwoord bij art. 475 Rv:

‘Het beslag strekt ertoe dat zo snel mogelijk verhaal plaatsvindt. De door het beslag getroffen goederen worden in afwachting daarvan voor rechtshandelingen door de schuldenaar geblokkeerd. Beslag op toekomstige goederen is voor de schuldenaar dan ook aanzienlijk ingrijpender dan overdracht – of verpanding – daarvan, nu een zodanig beslag de schuldenaar gedurende onbepaalde tijd zou beletten bijv. zijn reeds gevormde of nog te vormen voorraad te verhandelen en gelden uit reeds bestaande of nog te verkrijgen vorderingen te innen, die hij nodig heeft om zijn voorraad aan te vullen of anderszins zijn bedrijf te financieren. Een zodanig beslag zou in weinig verschillen van het algemene beslag dat het gevolg is van het faillissement van de schuldenaar, de enige huidige beslagvorm die ook toekomstige goederen van de schuldenaar omvat (artikel 20 Fw).’⁶³⁵

⁶³⁴ Vgl. Beekhoven van den Boezem 2005, p. 222.

⁶³⁵ MvA II, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 158.

De Hoge Raad stelt vervolgens dat de door het middel verdedigde tussenopvatting juist zou leiden tot beslag zonder uitzicht op executie. De Hoge Raad overweegt:

‘Met deze beduchtheid is de rechtsopvatting waarop het middel is gebaseerd, niet te rijmen omdat deze juist in de regel wél leidt tot blokkering van de beslagen krediet-faciliteit gedurende onbepaalde tijd, zonder uitzicht op (spoedig) verhaal. In deze opvatting treft het door de beslaglegger onder de bank gelegde derdenbeslag immers de vordering die voor de beslagene/cliënt op de bank ontstaat zodra de cliënt opdracht geeft aan de bank uit het krediet een bedrag te betalen aan hemzelf of over te boeken naar de rekening van een derde. Bij aanvaarding van deze opvatting zou in de praktijk, zoals, naar moet worden aangenomen, deze zich dan zou ontwikkelen, een zodanige opdracht – anders dan bij vergissing – evenwel nimmer aan de bank worden gegeven aangezien op voorhand zou vaststaan dat zij door de bank niet op de door de cliënt gewenste wijze zou worden uitgevoerd, omdat de bank in geval van een executoriaal beslag aan de beslaglegger zou moeten betalen en in geval van een conservatoir beslag het bedrag waarvoor de betalingsopdracht is gegeven zou moeten reserveren ter uitbetaling aan de beslaglegger nadat deze een executoriale titel heeft verkregen. Het beslag zou dan slechts tot gevolg hebben dat de beslagene/cliënt praktisch gesproken geen gebruik meer kan of zal maken van het krediet, zodat geen uitzicht bestaat op verhaal voor de vordering van de beslaglegger. Aldus zou dit beslag leiden tot de in het aangehaalde citaat uit de parlementaire geschiedenis bedoelde situatie waarin weinig verschil bestaat met het faillissementsbeslag, zulks in strijd met de bedoeling van de wetgever. Dit zou voorts in strijd zijn met de wettelijke regeling van het conservatoir beslag dat immers, blijkens art. 704 Rv, als bewarende maatregel een voorlopige toestand inleidt en tot strekking heeft over te gaan in een executoriaal beslag (art. 704 lid 1 Rv), als het niet van rechtswege komt te vervallen doordat de eis in de hoofdzaak bij in kracht van gewijsde gegane beslissing is afgewezen (art. 704 lid 2 Rv). Het onderhavige derdenbeslag zou evenwel, in de rechtsopvatting waarop het middel is gebaseerd, niet een bewarende maatregel van voorlopige aard zijn, maar een blokkerende maatregel van onbepaalde duur zonder uitzicht op executie.’

De Hoge Raad vervolgt:

‘Ten slotte kleven aan deze tussenopvatting ook praktische bezwaren in het licht van de in de rechtspraak aanvaarde regel dat de derde-beslagene als gevolg van het derdenbeslag niet in een slechtere positie mag komen te verkeren dan waarin hij stond tegenover de beslagene (vgl. HR 30 november 2001, nr. C 00/041, NJ 2002, 419). In deze opvatting zou de bank immers het niet te veronachtzamen risico lopen van een tegenover de beslaglegger niet-bevrijdende betaling, welk risico nog toeneemt in het niet uitzonderlijke geval dat meer ondernemingen (in concernverband) op dezelfde kredietruimte zijn aangewezen en het beslag slechts een van hen betreft. Voorzienbaar gevolg van deze opvatting is derhalve dat banken zich tegen die mogelijk voor hen nadelige gevolgen in hun tarieven en algemene voorwaarden zullen wapenen op een wijze waardoor het maatschappelijk nuttige instrument van de kredietverlening onder druk komt te staan, hetgeen onwenselijk moet worden geacht.’

Deze overwegingen brengen de Hoge Raad tot het oordeel dat de enge opvatting de juiste is, en dat derhalve bij een beslag op een bankrekening uitsluitend het

creditsaldo dat de rekening op het moment van beslaglegging vertoont, door het beslag wordt getroffen.

4.3.2 *Toepassing op de verdelingsbeslagen*

566. De opvatting van de Hoge Raad ten aanzien van de onmogelijkheid van beslag op kredietruimte ziet op verhaalsbeslagen. Het spreekt niet voor zich dat deze opvatting ook rechtstreeks van toepassing is op verdelingsbeslagen. In deze paragraaf ga ik op deze kwestie nader in. Daarbij onderzoek ik zowel de vatbaarheid voor verdelingsbeslag van kredietruimte zelf als de vatbaarheid van de vordering die ontstaat door het inroepen van kredietruimte.

Kredietruimte zelf

567. Kredietruimte zelf is in de ogen van de Hoge Raad niet vatbaar voor verhaalsbeslag, omdat het geen bestaande vordering in de zin van art. 475 oplevert, noch een voor beslag vatbaar recht *sui generis*. Dit laatste oordeel baseert de Hoge Raad op de overweging dat kredietruimte niet overdraagbaar is, noch door de beslaglegger kan worden uitgeoefend. Dit laatste onder meer omdat de bank zich dan zou kunnen beroepen op verrekening. Deze oordelen zijn ook relevant voor het verdelingsbeslag. Allereerst volgt uit het feit dat kredietruimte geen bestaande vordering is in de zin van art. 475 Rv dat kredietruimte ook niet als zodanig vatbaar is voor verdelingsbeslag. Evenmin is kredietruimte als vermogensrecht *sui generis* vatbaar voor verdelingsbeslag. De deelgenoten kunnen immers het recht zonder medewerking van de bank ook niet aan elkaar toedelen (vgl. art. 3:179 lid 3 BW). Het is wél denkbaar dat uit de bestuursverdeling voortvloeit, of met de bank is overeengekomen, dat de deelgenoten het wilsrecht onafhankelijk van elkaar kunnen inroepen. Dit houdt echter niet in dat het wilsrecht daarom vatbaar is voor verdelingsbeslag, aangezien ook in die situatie de bank zich op verrekening kan beroepen.

De vorderingen die ontstaan door het inroepen van kredietruimte

568. Voor beantwoording van de vraag of de vordering die ontstaat door het inroepen van kredietruimte vatbaar is voor verdelingsbeslag moet allereerst worden opgemerkt dat dit beslag in de praktijk alleen een maritaal beslag kan zijn, omdat niet valt in te zien waarom een dergelijke vordering in het bijzonder in aanmerking komt om aan een deelgenoot te worden toebedeeld. Uit het arrest Van den Bergh/Van der Walle blijkt dat een dergelijke vordering er één is die voldoet aan het 'rechtstreeks'-criterium van art. 475 Rv. Dat wil zeggen dat de vordering in beginsel vatbaar is voor beslag. De vraag is of praktische bezwaren zullen leiden tot het oordeel dat de vordering niet vatbaar is voor beslag. In het arrest Van den Bergh/Van der Walle noemt de Hoge Raad een aantal praktische bezwaren: het feit dat beslag op deze vorderingen zou leiden tot een situatie

waarin een beslag niet door executie wordt gevolgd en daarmee het beslag in beginsel eindeloos zou blijven liggen, en het feit dat, met name in concernverband, het risico bestaat dat de bank (per abuis) ten opzichte van de beslaglegger niet-bevrijdende betalingen verricht. Daaraan kan het in de literatuur geuite argument dat de vordering die ontstaat na het inroepen van kredietruimte geen geldvordering is,⁶³⁶ worden toegevoegd.

569. Het eerste bezwaar lijkt bij een maritaal beslag niet van doorslaggevend aard. Maritaal beslag wordt immers wél gevolgd door executie, namelijk door de verdeling. Voor zover de beslagleggende echtgenoot onvoldoende aanstalten maakt, kan de andere echtgenoot zelf de verdeling vorderen. Daarnaast kan een zodanig gebrek aan snelheid voor de voorzieningenrechter aanleiding zijn om het beslag op te heffen.⁶³⁷

570. Het bezwaar van een voor de bank ten opzichte van de beslaglegger niet-bevrijdende betaling, snijdt in zijn algemeenheid geen hout. Dit vormt immers een argument om af te zien van elk derdenbeslag. Meer van belang is het argument dat de banken dit risico in hun tarieven zullen verdisconteren. In welke mate de banken dit zouden doen is, zonder empirisch onderzoek, niet te zeggen. Ik schat in dat deze extra kosten in de praktijk erg zullen meevallen. Bij maritaal beslag op een vordering die ontstaat als gevolg van het inroepen van kredietruimte gaat het om een zeer specifieke situatie. De bank zal in deze situatie eenvoudig kunnen reageren door de kredietruimte voorlopig op te schorten. Het risico dat de bank in concernverband per ongeluk betaalt, lijkt mij verwaarloosbaar.

571. Tot slot kan worden gewezen op het gevaar dat de beslagen echtgenoot door het beslag geen noodzakelijke uitgaven meer kan doen. Dit vormt mijns inziens geen grond voor het oordeel dat deze vorderingen niet vatbaar zijn voor beslag. De vorderingen komen de echtgenoten immers gezamenlijk toe, zodat een afweging moet worden gemaakt tussen het recht van de ene echtgenoot om gemeenschapsgoederen in het licht van een scheiding te blijven verbruiken en het recht van de andere echtgenoot om zich te verzetten tegen verlaging van de waarde van de gemeenschap. Deze afweging moet van geval tot geval worden gemaakt, de plaats daarvoor is een opheffingsgeding. Bij deze afweging moet wel worden betrokken dat tot de ontbinding beide echtgenoten het recht hebben om de gemeenschap met schulden te belasten.

572. In de literatuur is een additioneel bezwaar geopperd tegen het beslag op kredietruimte, te weten het gegeven dat de cliënt door het inroepen van krediet-

⁶³⁶ Vgl. Voûte 2002, p. 531 en 532.

⁶³⁷ HR 3 oktober 2003, *NJ* 2004, 557, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2004, 127, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/Heemhorst*).

ruimte niet in alle gevallen een geldvordering op de bank verkrijgt.⁶³⁸ Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen het inroepen van kredietruimte door het geven van betalingsopdrachten en het inroepen van kredietruimte door geldopname. In het eerste geval geeft de cliënt de bank de opdracht om (door middel van het bancaire betalingsverkeer) een derde te betalen. Hierdoor wordt de bank weliswaar verplicht een bepaald bedrag aan de relatie van de cliënt over te maken, maar dit leidt er niet toe dat de cliënt een geldvordering op de bank krijgt. De cliënt krijgt alleen een vordering op de bank tot nakoming van de door de cliënt gegeven betalingsopdracht. Het is niet goed in te zien hoe deze vordering in het kader van een verhaalsbeslag zou kunnen worden uitgewonnen.⁶³⁹ In elk geval moet deze vordering uitdrukkelijk in het beslagexploot worden genoemd (art. 475a Rv). Dit is anders als de cliënt geld opneemt. In dat geval geeft de cliënt een opdracht aan de bank om aan hem een bepaald bedrag in contanten te verschaffen. In dat geval kan worden verdedigd dat de cliënt een geldvordering op de bank krijgt.⁶⁴⁰ Deze vordering zou in beginsel vatbaar zijn voor beslag, ware het niet dat de praktische bezwaren die de Hoge Raad noemt tot een ander oordeel dwingen.

573. Ik ben van mening dat de omstandigheid dat de vordering die de cliënt door het inroepen van de kredietruimte verkrijgt geen geldvordering is, niet in de weg hoeft te staan aan maritaal beslag op de vordering. Het doel van maritaal beslag is immers geen verhaalsexecutie, maar het voorkomen van verduisteren van gemeenschapsgoederen door een (gewezen) echtgenoot ten laste van wie beslag is gelegd. Als de vordering tot nakoming van een betalingsopdracht ten laste van de beschikbare kredietruimte in de gemeenschap valt, wordt deze vordering door de nakoming van de bank betaald en daarmee verduisterd. Hetzelfde geldt voor de geldvordering die ontstaat door geldopname ten laste van de kredietruimte. Wel moet de beslaglegger ingevolge art. 475a Rv in het beslagexploot uitdrukkelijk de vorderingen tot betaling van derden noemen.

Afwikkeling van maritaal beslag op kredietruimte

574. Doordat de bank door maritaal beslag op de (toekomstige) vorderingen waartoe kredietruimte aanleiding geeft, wordt verhinderd om bevrijdend te betalen aan de echtgenoot die deze kredietruimte inroept, wordt voorkomen dat de

⁶³⁸ Vgl. Voûte 2002, p. 531 en 532.

⁶³⁹ Vgl. ook A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 29 oktober 2004, NJ 2006, 203, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2005, 846, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Van den Bergh/Van der Walle*), die in nr. 41 tot de conclusie komt dat deze vordering niet vatbaar is voor beslag, althans niet voor (verhaals)executie.

⁶⁴⁰ A-G Huydecoper in zijn conclusie vóór HR 29 oktober 2004, NJ 2006, 203, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2005, 846, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Van den Bergh/Van der Walle*) onder nr. 42.

vorderingen door deze echtgenoot worden verduisterd. Bij de verdeling van de gemeenschap kan vervolgens over de toedeling alsmede over de draagplicht voor de tegenvorderingen van de bank een regeling worden getroffen. Daarnaast zie ik nog een andere mogelijkheid. Wanneer de bank – zoals te verwachten is – het uitvoeren van opdrachten heeft opgeschort, kunnen de vorderingen aan de beslagleggende echtgenoot worden toebedeeld. Deze kan, alvorens het beslag op te heffen, de bank mededelen dat hij afstand van de vorderingen doet. De bank staat het in die situatie niet meer vrij om de opdrachten alsnog uit te voeren. Zou de bank dit wel doen, dan doet zij dat onverplicht en komen de gevolgen hiervan voor haar rekening.

5 Conclusie

575. Deelgenotenbeslag kan worden gelegd op ieder goed dat voor een deelgenoot meer waarde vertegenwoordigt dan uitsluitend de monetaire waarde die het goed heeft. Het is niet noodzakelijk dat het goed voor de beslagleggende deelgenoot, althans voor de deelgenoot voor wiens aandeel beslag wordt gelegd, meer waarde heeft dan voor andere deelgenoten.

Maritaal beslag kan worden gelegd op alle goederen die tot een wettelijke of beperkte huwelijksgemeenschap behoren. Verknochtheid van deze goederen aan één van de echtgenoten staat beslag uitsluitend in de weg wanneer deze verknochtheid met zich meebrengt dat aan het beslag geen reële behoefte bestaat. Zolang over de mate van verknochtheid en de rechtsgevolgen hiervan onduidelijkheid bestaat, zijn alle goederen vatbaar voor maritaal beslag. Maritaal beslag kan ook worden gelegd op goederen die behoren tot een eenvoudige gemeenschap die tussen de echtgenoten bestaat, zelfs als tussen de echtgenoten geen huwelijksgemeenschap bestaat, alsmede op goederen waarvan niet duidelijk is aan wie van de echtgenoten ze toebehoren.

Verdelingsbeslagen kunnen gelegd worden op goederen die niet vatbaar zijn voor verhaalsbeslag, mits de reden die met zich meebrengt dat het goed niet vatbaar is voor een verhaalsbeslag, geen relevantie heeft in de context van een verdelingsbeslag.

V. DE BESLAGLEGGER

1 Inleiding

576. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal door welke personen onder welke omstandigheden een verdelingsbeslag kan worden gelegd. Bij de beantwoording van deze vraag zijn allereerst art. 733 lid 1 en 768 lid 1 Rv van belang. Uit deze artikelen volgt wie deelgenotenbeslag respectievelijk maritaal beslag kan leggen. Zoals blijkt uit art. 733 lid 1 Rv kan deelgenotenbeslag worden gelegd door degene die verdeling kan vorderen. Maritaal beslag kan op grond van art. 768 lid 1 Rv worden gelegd door echtgenoten en gewezen echtgenoten.⁶⁴¹ Bij de beantwoording van de vraag wie deelgenotenbeslag respectievelijk maritaal beslag kunnen leggen, is het dus zaak om te bezien wie geldt als een persoon die verdeling van de gemeenschap kan vorderen (3) respectievelijk als een (gewezen) echtgenoot (4). Bij dit alles kan echter niet worden volstaan met een analyse van de tekst van en de toelichting bij art. 733 en 768 Rv. Uit deze bepalingen volgt immers niet in welke mate ruimte bestaat om bijvoorbeeld de erfgenamen van een gewezen echtgenoot als echtgenoot in de zin van art. 768 Rv te beschouwen. Deze vraag wordt mede beantwoord door het leerstuk van de analoge toepassing van conservatie- en executiemiddelen (2).

2 Analoge toepassing van conservatie- en executiemiddelen

577. Bij de toepassing van het beslagrecht spelen twee hoofdbeginselen een leidende rol. Dit zijn het *ubi ius, ibi remedium*-beginsel en het beginsel van het gesloten stelsel van beslagrecht. De vraag of in een concreet geval een conservatie- of executiemiddel analoog kan worden toegepast, moet aan de hand van deze twee beginselen worden beantwoord. Ik behandel eerst kort deze twee beginselen (2.1 en 2.2), daarna beantwoord ik de vraag hoe in een concreet geval moet worden bepaald of een conservatie- of executiemiddel analoog kan worden toegepast (2.3).

2.1 *Ubi ius, ibi remedium*

578. Eén van de grondbeginselen van het procesrecht is de gedachte dat waar een burgerlijk recht bestaat, de subjectief gerechtigde toegang tot de rechter heeft om dat recht te verwezenlijken. Dit recht op toegang tot de rechter wordt onder andere beschermd door art. 6 EVRM. Deze gedachte wordt ook wel weergegeven met het adagium *ubi ius, ibi remedium* (waar recht is, daar is een rechtsmiddel). Het louter verschaffen van toegang tot de rechter leidt echter niet nog tot verwezenlijking van het recht. De gerechtigde dient ter verwezenlijking

⁶⁴¹ Art. 768 Rv noemt ook nog de (gewezen) geregistreerde partners, maar zoals ik in mijn inleiding uiteen heb gezet behandel ik alleen de positie van echtgenoten, tenzij de positie van geregistreerde partners verschilt van die van echtgenoten.

van zijn recht niet aan de beleefdheid van de verliezende partij overgelaten te zijn. Weigert de verliezende partij te presteren, dan dienen de subjectief gerechtigde middelen ter beschikking te staan om zijn recht – desnoods tegen de zin van de verliezende partij in – te verwezenlijken. Deze middelen worden *executiemiddelen* genoemd.

579. Het *ubi ius, ibi remedium*-beginsel vormt niet alleen de rechtvaardiging voor het bestaan van executiemiddelen, maar ook voor het bestaan van conservatiemiddelen.⁶⁴² Het subjectieve recht blijft immers inhoudsloos indien de wederpartij voorafgaand aan een uitspraak van de rechter executie van deze uitspraak kan frustreren. Het recht van de gerechtigde rechtvaardigt ook de gerechtigdheid om maatregelen te nemen om de verwezenlijking van zijn recht veilig te stellen.

2.2 *Het gesloten stelsel van conservatie- en executierecht*

580. Op zichzelf genomen vormt het *ubi ius, ibi remedium*-beginsel een vrijbrief voor een ongelimiteerd stelsel van conservatie- en executiemiddelen. In elke situatie waarin dit stelsel niet voorziet, zou de rechter moeten voorzien in nieuwe conservatie- of executiemiddelen. Een conservatie- of executiemiddel grijpt echter (verregaand) in op de vrijheden en het vermogen van de burger. Voor een dergelijke ingreep moet een wettelijke basis bestaan.⁶⁴³ Bovendien moet een afweging worden gemaakt tussen de rechten van de subjectief gerechtigde en die van zijn wederpartij en eventuele derden. Er bestaan twee stelsels waarmee aan deze eis wordt voldaan. In het eerste stelsel wordt volstaan met de bepaling dat de rechter de executie toestaat onder de voorwaarden die in het specifieke geval geraden zijn. Het is vervolgens aan de rechter om een afweging te maken tussen de belangen van de gerechtigde en zijn wederpartij. In dit systeem staat het de rechter vrij om voor elk bijzonder geval een bijzonder conservatie- of executiemiddel te ontwerpen. Het tweede stelsel staat lijnrecht tegenover het eerste. In dit stelsel geldt een gesloten stelsel van conservatie- en executiemiddelen. Dat wil zeggen dat de wet een beperkt aantal conservatie- en executiemiddelen kent en dat conservatie of executie buiten deze in de wet geregelde gevallen niet mogelijk is. De afweging tussen de rechten van de subjectief ge-

⁶⁴² Vgl. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 404.

⁶⁴³ Voor conservatie- of executiemiddelen ingrijpen in de vermogenspositie van de wederpartij wordt deze basis o.a. vereist op grond van art. 1 Eerste protocol bij het EVRM, art. 3:80 BW en art. 639 BW (oud) (geen verlies of verkrijging van een goed zonder wettelijke basis), art. 625 BW (oud) (de eigenaar kan over zijn zaak vrijelijk beschikken en deze gebruiken, tenzij de wet dit recht beperkt en hij geen hinder veroorzaakt). Voor zover conservatie- en executiemiddelen in de vrijheid van een persoon ingrijpen kan worden gewezen op art. 15 lid 1 Gw en art. 4 EVRM. Zie verder Van Mierlo 2004b, Inleidende aantekeningen bij de lijfsdwang, aant. 3.

rechtigde en zijn wederpartij en eventuele derden is in dit stelsel door de wetgever gemaakt.

581. Het nadeel van het eerste stelsel is de onvoorspelbaarheid waarmee een dergelijk systeem gepaard gaat;⁶⁴⁴ de wederpartij kan op geen enkele manier rekening houden met de wijze waarop in haar geval conservatie- of executiemiddelen worden ingezet. Dit bezwaar klemmt nog meer als met de inzet van deze middelen de rechten van derden in het geding komen. Hoe moet bijvoorbeeld de notaris de overdracht van een huis begeleiden als hij niet weet welke conservatiemiddelen ten aanzien van dit huis zouden kunnen zijn toegepast? Dit nadeel neemt af naarmate zich een vaste praktijk van conservatie- en executiemiddelen ontwikkelt en naarmate de resultaten van deze praktijk ofwel blijken uit rechterlijke uitspraken ofwel zijn vastgelegd in beleidslijnen. Het nadeel van het tweede systeem is de rigiditeit waarmee een dergelijk systeem gepaard gaat. Ziet de wetgever die de conservatie- en executiemiddelen ontwerpt een geval over het hoofd waarin de toepassing van conservatie- of executiemiddelen op haar plaats is, dan is in een zuiver gesloten stelsel conservatie of executie onmogelijk. Dit nadeel neemt af naarmate de wetgever meer open conservatie- of executiemiddelen in de wet opneemt. Dat wil zeggen: conservatie- of executiemiddelen die ofwel in een grote groep inhoudelijk verschillende gevallen kunnen worden toegepast ofwel door de rechter zelf (deels) inhoudelijk worden ingevuld.

582. In Nederland geldt een gesloten stelsel van conservatie- en executiemiddelen.⁶⁴⁵ De rechter mag in beginsel alleen de inhoud van een conservatie- of executiemiddel vormgeven als de wet daartoe de mogelijkheid biedt.⁶⁴⁶ De nadelen van dit gesloten stelsel worden ondervangen door een aantal meer open conservatie- en executiemiddelen. Hierbij kan gewezen worden op bijvoorbeeld

⁶⁴⁴ Op basis van vaste rechtspraak van het EVRM kan in het kader van art. 1 Eerste protocol niet worden volstaan met louter een wettelijke basis, maar gelden ook bepaalde 'kwaliteitseisen' voor de wettelijke regeling. De wettelijke regeling moet voldoende toeganke-lijk en precies zijn en voldoende voorspelbare resultaten opleveren. Zie bijv. EHRM 22 juni 2004 (*Broniowski/Polen*).

⁶⁴⁵ Zie bijv. HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen Sys-teembouw*) en HR 13 februari 1998, *NJ* 1998, 479 (*Van Berckel Smit/Kan*), waarin de Hoge Raad oordeelt dat voor een procespartij geen verplichting bestaat tot het stellen van zekerheid. In het eerstgenoemde arrest baseert de Hoge Raad dit oordeel rechtstreeks op het gesloten stelsel van dwangmiddelen, en wijst hij een beroep op de aanvullende wer-king van redelijkheid en billijkheid uitdrukkelijk van de hand. Een belangrijke uitzonde-ring op het gesloten stelsel van conservatie- en executiemiddelen vormt het arrest HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 276, m.nt. W.M. Kleijn (*Van der Meer/Verploegh*), waarin de Ho-ghe Raad voor het recht van vóór 1992 anticipeert op het huidige art. 3:300 BW.

⁶⁴⁶ Vgl. HR 5 november 1993, *NJ* 1994, 640, m.nt. H.J. Snijders (*Ontvanger/Bartering*), waarin de Hoge Raad oordeelt dat de rechter in de verklaringsprocedure van art. 741 (oud) Rv (thans art. 477a Rv) niet bevoegd is met betrekking tot de wijze van executie nadere regels te stellen. Vgl. ook HR 26 april 2002, *NJ* 2005, 180, m.nt. S.C.J.J. Kort-mann (*Deutsche Hypothekenbank/De Liagre Böhl q.q.*).

geschillenbewind en dwangsom. Geschillenbewind is een conservatoire maatregel waarvan de inhoud, binnen de grenzen van het bewind, door de rechter wordt ingevuld. Art. 710 lid 5 Rv bepaalt namelijk dat de rechter voor een bewind zodanige voorschriften kan geven als hij dienstig acht. De dwangsom is op een zeer grote groep van, inhoudelijk uiteenlopende, vorderingen toepasselijk. Bovendien volgt uit onder andere art. 611a lid 4 en 611b Rv dat de rechter bepaalt onder welke voorwaarden een dwangsom wordt verbeurd.

2.3 *Toepassing van deze beginselen*

583. Het feit dat Nederland een gesloten stelsel van conservatie- en executiemiddelen kent, houdt in dat de rechter niet zelfstandig nieuwe conservatie- of executiemiddelen mag toepassen. Dit wil echter niet zeggen dat de rechter geen bestaande conservatie- en executiemiddelen naar analogie mag toepassen. De vraag in hoeverre daarvoor ruimte is, moet worden beantwoord aan de hand van zowel het *ubi ius, ibi remedium*-beginsel als het beginsel van het gesloten stelsel van conservatie- en executiemiddelen. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen drie mogelijke situaties. In het eerste geval voorziet de wet in het concrete geval in een conservatie- of executiemiddel. Dan kan dit middel (uiteraard) worden toegepast. In het tweede geval voorziet de wet in het geheel niet in een conservatie- of executiemiddel. Dan heeft de rechter ook niet de vrijheid om een dergelijk middel te introduceren.⁶⁴⁷ De lastigste situatie doet zich voor als de wet weliswaar in een conservatie- of executiemiddel voorziet, maar het de vraag is of dit middel wel in dit concrete geval kan worden toegepast, omdat op zijn minst onzeker is of de wetgever bij het ontwerpen van het conservatie- of executiemiddel wel aan dit concrete geval heeft gedacht. In dit geval gaat het dus om analoge toepassing van een conservatie- of executiemiddel.

584. Indien analoge toepassing van een conservatie- of executiemiddel wellicht geboden is, moeten het *ubi ius, ibi remedium*-beginsel en het beginsel van het gesloten stelsel van conservatie- en executiemiddelen met elkaar worden verzoend. De wijze waarop dit moet gebeuren blijkt uit het Concordiastraat 15-arrest.⁶⁴⁸ In dit arrest beantwoordt de Hoge Raad de vraag of maritaal beslag dat blijkens de letterlijke tekst van de toenmalige wet alleen kan worden gelegd door echtgenoten (dat wil zeggen *vóórdat* het huwelijk is geëindigd), ook kan worden gelegd door gewezen echtgenoten (dat wil zeggen *nadat* het huwelijk is geëindigd). De Hoge Raad oordeelt over deze vraag:

‘dat het in art. 825f lid 1 bedoelde verlof kan worden gevraagd “na de betekening van de in art. 816 bedoelde dagvaarding”, en dat volgens lid 3 de Pres. tot het leggen

⁶⁴⁷ Zie bijv. HR 14 december 2001, NJ 2002, 45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen Systeembouw*) en HR 13 februari 1998, NJ 1998, 479 (*Van Berckel Smit/Kan*).

⁶⁴⁸ HR 25 juni 1976, NJ 1977, 127 (*Concordiastraat 15*).

van conservatoir beslag slechts verlof verleent ingeval van gegronde vrees voor verduistering;

dat mitsdien het verlof in beginsel niet aan een bepaald tijdstip is gebonden, hetgeen geredelijk zijn verklaring daarin vindt dat voor het vragen van verlof pas aanleiding is indien blijkt van gevaar voor verduistering;

dat feiten waaruit van zodanig gevaar blijkt, zich ook na de echtscheiding voor de werkelijke verdeling van de goederen der gemeenschap kunnen voordoen; dat dit meebrengt dat toepassing van het hier bedoelde middel, dat de ene echtgenoot bescherming wil bieden tegen verduistering van tot de gemeenschap behorende goederen door de andere echtgenoot, ook na de echtscheiding op zijn plaats kan zijn; dat de echtgenoten ten tijde van de echtscheiding vaak al uit elkaar zullen zijn en een conservatoir middel ter bescherming van de ene echtgenoot tegen verduistering van tot de ontbonden gemeenschap behorende goederen welke de andere echtgenoot onder zich heeft, in een reële behoefte kan voorzien;

dat het bestaan van een dergelijke behoefte aan bescherming ook bij de wetgever erkenning heeft gevonden, in zoverre als uit art. 825f lid 3, tweede zin, in verband met art. 808g lid 2 volgt dat na de uit de echtscheiding voortvloeiende ontbinding van de gemeenschap het beslag blijft liggen tot de werkelijke verdeling der goederen;

dat tegenover vorenstaande argumenten niet voldoende gewicht toekomt aan de omstandigheid dat art. 825f lid 1 spreekt van “echtgenoten”, waarbij in aanmerking valt te nemen dat in meer bepalingen der wet, zoals in art. 101 van boek 1 BW, onder de term “echtgenoten” ook gewezen echtgenoten begrepen zijn; (...)’

Met deze uitspraak formuleert de Hoge Raad een systeem om antwoord te geven op de vraag of in een concreet geval ruimte is voor analoge toepassing van een conservatie- of executiemiddel. De Hoge Raad past daarbij zowel het *ubi ius, ibi remedium*-beginsel als het beginsel van het gesloten stelsel van beslagrecht toe. Het systeem van de Hoge Raad bestaat uit de beantwoording van een tweetal vragen. De eerste vraag is of er een reële behoefte bestaat aan de toepassing van het conservatie- of executiemiddel. In deze vraag is het *ubi ius, ibi remedium*-beginsel te herkennen. Zou er geen reële behoefte bestaan aan toepassing van een conservatie- of executiemiddel, dan volgt al uit het *ubi ius, ibi remedium*-beginsel dat een bestaand conservatie- of executiemiddel niet kan worden toegepast.

De tweede vraag die de Hoge Raad stelt ter beantwoording van de vraag of een conservatie- of executiemiddel analoog kan worden toegepast, kan als volgt worden samengevat: past toepassing van het middel in het stelsel van de wet en sluit die toepassing aan bij de wél in de wet geregelde gevallen.⁶⁴⁹ Als dit het geval is, dan is de toepassing van het conservatie- of executiemiddel zodanig voorzienbaar dat zonder schending van het beginsel van het gesloten stelsel van het conservatie- en executierecht kan worden geoordeeld dat het conservatie- of executiemiddel in het concrete geval kan worden toegepast. De Hoge Raad formuleert een tweetal gezichtspunten ter beantwoording van de vraag of toepas-

⁶⁴⁹ Vgl. het beroemde arrest HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).

sing van het conservatie- of executiemiddel in een concrete geval past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen. Het eerste gezichtspunt wordt gevormd door de vraag of de behoefte aan het conservatie- of executiemiddel door de wetgever wordt erkend. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag door na te gaan of in vergelijkbare gevallen het conservatie- of executiemiddel wordt toegestaan. Het tweede gezichtspunt is de vraag of de bewoordingen van de wet niet aan toepassing van het conservatie- of executiemiddel in de weg staan.

585. Mijns inziens moet aan deze twee genoemde vragen een derde vraag worden toegevoegd, namelijk: bestaan er bezwaren tegen toepassing van het conservatie- of executiemiddel? Als deze bezwaren van voldoende klemmend van aard zijn, dan kan het conservatie- of executiemiddel niet analoog worden toegepast. Deze bezwaren kunnen van zeer diverse aard zijn. Een voorbeeld van een dergelijk bezwaar kan worden ontleent aan het arrest Van der Bergh/Van der Walle.⁶⁵⁰ In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat beslag op niet benutte kredietruimte niet mogelijk is. Eén van de argumenten die de Hoge Raad aan dit oordeel ten grondslag legt, is dat bij beslag op kredietruimte de bank vrijwel altijd gebruik zal maken van zijn recht op verrekening.

3 Deelgenotenbeslag

586. De vraag wie deelgenotenbeslag kan leggen, wordt beantwoord aan de hand van art. 733 lid 1 Rv. Het artikellid luidt:

‘Hij die verdeling van een gemeenschap kan vorderen, kan de daartoe behorende goederen in beslag nemen, voor zover zij in het bijzonder in aanmerking komen om aan hem of aan de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt, te worden toege-deeld.’

Het beslag kan dus worden gelegd door eenieder die verdeling van een gemeenschap kan vorderen. Hieronder ga ik na wie verdeling van de gemeenschap kan vorderen (3.1). Vervolgens ga ik na of het beslag ook kan worden gelegd voor een toekomstig recht om verdeling te vorderen (3.2) en of deelgenotenbeslag ook kan worden gelegd door degene die door rechtsopvolging het recht heeft verkregen om verdeling van een gemeenschap te vorderen (3.3). Ik eindig met een conclusie (3.4).

3.1 Het recht om verdeling te vorderen

587. Het recht om deelgenotenbeslag te leggen, is gekoppeld aan het recht om verdeling van de gemeenschap te vorderen (art. 733 Rv). In hoofdstuk II is naar voren gekomen dat dit recht aan drie groepen van personen toekomt. Dit

⁶⁵⁰ HR 29 oktober 2004, NJ 2006, 203, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2005, 846, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Van den Bergh/Van der Walle*).

zijn allereerst de deelgenoten zelf (art. 3:178 lid 1 BW), vervolgens de beperkt gerechtigden op een aandeel in een gemeenschappelijk goed (art. 3:178 lid 1 BW) en ten slotte de privéschuldeisers van de deelgenoten (art. 3:180 BW). Daarbij gaat het telkens om de deelgenoten, beperkt gerechtigden en privéschuldeisers in de gemeenschappen waarop titel 3.7 BW van toepassing is.⁶⁵¹ Dit zijn de eenvoudige gemeenschap en de liquidatiegemeenschap.

588. In de memorie van toelichting bij art. 733 Rv worden inderdaad de deelgenoot en de beperkt gerechtigde op een aandeel in een gemeenschappelijk goed met zoveel woorden genoemd.⁶⁵² Als derde groep van personen die het beslag kunnen leggen wordt de schuldeiser van een deelgenoot genoemd, daarbij wordt echter verwezen naar art. 3.7.2.2b NBW, het huidige art. 3:193 BW. Dit wekt verwarring, omdat het huidige art. 3:193 BW betrekking heeft op de gemeenschapsschuldeiser wiens schuld op de goederen van de gemeenschap kan worden verhaald. Deze schuldeiser kan geen verdeling van de gemeenschap vorderen. De tekst van de memorie van toelichting bij art. 733 Rv dateert echter van vóór de wijzigingen die bij de Invoeringswet in art. 3.7.2.2b NBW zijn aangebracht. De oorspronkelijke tekst van art. 3.7.2.2b NBW is, na enkele ondergeschikte wijzigingen, overgebracht naar het huidige art. 3:180 BW. Dit laatste artikel bepaalt dat de schuldeiser van een deelgenoot verdeling van de gemeenschap kan vorderen. Hieruit volgt dat met de derde groep personen die verdeling van de gemeenschap kunnen vorderen en daarmee ook deelgenotenbeslag kunnen leggen, de privéschuldeisers van de deelgenoten worden bedoeld.

3.2 Toekomstig recht om verdeling te vorderen; anticiperend deelgenotenbeslag

589. Het is de vraag of deelgenotenbeslag uitsluitend kan worden gelegd voor een reeds bestaand recht om verdeling te vorderen, of dat het ook kan worden gelegd voor een toekomstig recht om verdeling te vorderen. Zo kan bijvoorbeeld geen verdeling worden gevorderd van een gemeenschap van een personenvennootschap (art. 7:806 lid 1 en 827 lid 1 BW). Betekent dit nu ook dat in een dergelijke gemeenschap geen deelgenotenbeslag kan worden gelegd? Dezelfde vraag kan men zich stellen ten aanzien van een privéschuldeiser die een nog niet-opeisbare vordering of zelfs nog niet bestaande vordering op een deelgenoot heeft. Volgens de tekst van art. 3:180 BW kan deze schuldeiser nog geen verdeling vorderen. Betekent dit ook dat deze schuldeiser nog geen deelgenotenbeslag kan leggen?

⁶⁵¹ Vgl. Stein 1990, p. 40 en 41, Van Mierlo 1995, art. 733, aant. 1, Stein 2002, p. 57 en Harreman 2007, p. 47 en 48.

⁶⁵² MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 334.

590. De tekst van art. 733 Rv doet dit inderdaad vermoeden. Volgens het artikel kan deelgenotenbeslag worden gelegd door degene:

‘die verdeling van een gemeenschap kan vorderen’.

Dit zou betekenen dat in een gemeenschap waarvan geen verdeling kan worden gevorderd deelgenotenbeslag niet mogelijk is. In hoofdstuk II⁶⁵³ heb ik beschreven dat er vijf redenen zijn waarom geen verdeling van een gemeenschap kan worden gevorderd. Deze redenen zijn:

1. Er bestaat een bijzondere rechtsverhouding die de verdelingsvordering uitsluit. Dit is het geval als er sprake is van een bijzondere gemeenschap, maar ook bij de gemeenschap van een mandelige zaak.
2. De aard van de gemeenschap staat aan verdeling in de weg. Dit is het geval bij een gemeenschap die zeer nauw aansluit bij een gemeenschap waarbij een bijzondere rechtsverhouding aan verdeling in de weg staat.
3. De vordering tot verdeling is contractueel uitgesloten.
4. De rechter heeft de vordering tot verdeling uitgesloten.
5. Het vorderen van verdeling zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

Het feit dat gedurende het bestaan van de gemeenschap één van deze redenen zich voordoet, wil niet zeggen dat *nooit* verdeling van deze gemeenschap kan worden gevorderd. Vaak kan later, na een bepaald tijdsverloop of als zich bepaalde feiten hebben voorgedaan, wel verdeling worden gevorderd. Is het nu zo dat op deze toekomstige mogelijkheid om verdeling te vorderen kan worden geanticipeerd door nu reeds (anticiperend) deelgenotenbeslag te leggen?

591. Deze vraag wil ik beantwoorden aan de hand van drie deelvragen. Ten eerste: bestaat reële behoefte aan een anticiperend deelgenotenbeslag (3.2.1)? Zo ja: past een dergelijk beslag in het stelsel van de wet (3.2.2)? Ten derde: bestaan er bezwaren van een zo klemmende aard dat een anticiperend deelgenotenbeslag onmogelijk moet worden geacht (3.2.3)?⁶⁵⁴ Na beantwoording van deze vragen kan ik de vraag beantwoorden onder welke omstandigheden anticiperend deelgenotenbeslag mogelijk is (3.2.4).

⁶⁵³ Zie nr. 302-325.

⁶⁵⁴ Deze eisen zijn ontleend aan het arrest HR 25 juni 1976, NJ 1977, 127 (*Concordiastraat 15*). In dit arrest spreekt de Hoge Raad zich uit over het analoog toepassen van het beslagrecht.

3.2.1 *Reële behoefte?*

592. De behoefte aan anticiperend deelgenotenbeslag zal bestaan als het risico dat een bij de gemeenschap betrokken partij loopt indien geen verdeling kan worden gevorderd minstens even groot is als het risico dat deze partij loopt als wél verdeling kan worden gevorderd. Om het risico in beide situaties te vergelijken, moet worden gekeken naar de bevoegdheden en de feitelijke macht van de deelgenoten ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen in beide situaties. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen hun feitelijke macht en hun bestuursbevoegdheid.

593. De feitelijke macht van de deelgenoten ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen wordt niet kleiner indien van de gemeenschap geen verdeling kan worden gevorderd. Zo kunnen de deelgenoten ten aanzien van de gemeenschapsgoederen nog steeds feitelijke handelingen verrichten of in weerwil van de bestuursverdeling over de goederen beschikken. Ook worden de bestuursbevoegdheden van de deelgenoten ten aanzien van de goederen na het ontstaan van de mogelijkheid tot verdeling niet kleiner. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties. In de eerste situatie is de gemeenschap waarvan geen verdeling kan worden gevorderd een eenvoudige gemeenschap of een liquidatiegemeenschap. In dat geval blijven de bevoegdheden van de deelgenoten ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen in beginsel even groot. In het tweede geval is de gemeenschap waarvan geen verdeling kan worden gevorderd een bijzondere gemeenschap. In die situatie is de bestuursbevoegdheid van de individuele deelgenoten in het algemeen zelfs groter in de periode dat geen verdeling kan worden gevorderd dan in de periode daarna. Immers, daarna geldt in het algemeen de bestuursverdeling van een liquidatiegemeenschap, wat betekent dat de deelgenoten in de regel uitsluitend gezamenlijk bevoegd zijn. Dit alles betekent dat het risico dat de partijen lopen die bij een onverdeeldbare gemeenschap zijn betrokken, minstens even groot is als het risico dat partijen lopen die zijn betrokken bij een gemeenschap waarvan wél verdeling kan worden gevorderd. Er is dus sprake van een reële behoefte aan anticiperend deelgenotenbeslag.

3.2.2 *Stelsel van de wet?*

594. Nu vaststaat dat een reële behoefte aan anticiperend deelgenotenbeslag bestaat, moet de vraag worden beantwoord of een dergelijk beslag past in het stelsel van de wet en of het aansluit bij de in de wet geregelde gevallen. Om deze vraag te beantwoorden, onderzoek ik of anticiperend beslag in andere gevallen toelaatbaar wordt geacht. Daartoe onderzoek ik zowel het anticiperend conservatoir reëel beslag als het anticiperend conservatoir verhaalsbeslag. Daarnaast

besteed ik aandacht aan de bewoordingen van art. 733 Rv. Sluiten deze bewoordingen anticiperend deelgenotenbeslag niet uit?

Anticiperend reëel beslag

595. Zowel het beslag tot afgifte en levering als het maritaal beslag zijn reële beslagen. Dat wil zeggen dat het beslag niet strekt tot verhaal, maar tot verzekering van een andere prestatie dan het betalen van een geldsom. Bij zowel maritaal beslag als beslag tot afgifte en levering wordt anticiperend beslag toelaatbaar geacht. Het feit dat maritaal beslag anticiperend kan worden gelegd, vloeit rechtstreeks voort uit de wet. Met maritaal beslag probeert één van de echtgenoten zijn rechten op de gemeenschapsgoederen veilig te stellen. Deze rechten kunnen pas bij de verdeling worden verwezenlijkt. Deze verdeling is pas mogelijk als de gemeenschap is ontbonden. Uit art. 768 Rv volgt echter dat maritaal beslag kan worden gelegd voorafgaand aan en in het kader van een procedure die leidt tot ontbinding van de gemeenschap. Met andere woorden: vóórdat verdeling kan worden gevorderd. Ook beslag tot afgifte en levering kan anticiperend worden gelegd. Het beslag dient om een recht op afgifte en/of levering veilig te stellen. Dit recht kan uiteraard pas worden verwezenlijkt als een recht op afgifte en/of levering daadwerkelijk bestaat. Het kan echter zo zijn dat dit nog niet het geval is, maar dat het wél wenselijk is om reeds op voorhand beslag te leggen. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de aspirant-beslaglegger een goed voor een bepaalde tijd in bruikleen heeft gegeven aan een derde, en hij vreest dat deze derde vóór het verstrijken van deze termijn zal trachten het goed weg te maken. Evenzeer is denkbaar dat de aspirant-beslaglegger een goed heeft gekocht en is overeengekomen dat dit goed pas na het verstrijken van een bepaalde termijn zal worden geleverd. In dergelijke gevallen is beslag tot afgifte of levering mogelijk. Dit blijkt uit de memorie van toelichting bij art. 730 Rv. In die memorie wordt overwogen dat bij het beslag op basis van art. 730 Rv

‘onder meer moet worden gedacht (...) aan een persoonlijke vordering tot afgifte jegens een huurder of lener na het einde van een overeenkomst (...).’⁶⁵⁵

Bovendien bepaalt de tekst van art. 730 Rv dat het beslag ook kan worden gelegd om het recht op afgifte of levering dat pas zal ontstaan na een rechterlijke uitspraak, veilig te stellen.

Anticiperend verhaalsbeslag

596. Ook conservatoir verhaalsbeslag kan anticiperend worden gelegd. Een verhaalsbeslag beschermt het recht van de schuldeiser tot het nemen van verhaal

⁶⁵⁵ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 332. Vgl. ook Hof Arnhem 11 november 1958, *NJ* 1959, 378, waarin het hof overweegt dat revindicatoir beslag op een verhuurde zaak ook gelegd kan worden vóór afloop van de huurtermijn.

op (bepaalde goederen uit) het vermogen van de schuldenaar. Dit verhaalsrecht ontstaat pas als een vordering bestaat en opeisbaar is. In de literatuur is men echter vrijwel unaniem van mening dat al voordat een verhaalsbevoegdheid is ontstaan conservatoir verhaalsbeslag kan worden gelegd.⁶⁵⁶ Van de crediteur mag immers niet verwacht worden dat hij werkeloos toeziet hoe zijn debiteur verhaal onmogelijk maakt. Daarnaast wordt in de literatuur vaak gewezen op art. 3:296 lid 2 BW. Dit artikellid maakt het mogelijk dat iemand onder voorwaarde of tijdbepaling wordt veroordeeld.⁶⁵⁷ Aan deze argumenten zou ik willen toevoegen dat een parallel bestaat met art. 3:231 BW. Dit artikel bepaalt dat een zekerheidsrecht kan worden gevestigd voor toekomstige vorderingen. Hierbij maakt het niet uit of de vordering waarvoor het zekerheidsrecht wordt gevestigd absoluut of relatief toekomstig is. Mijns inziens geldt hetzelfde voor de mogelijkheid tot het leggen van verhaalsbeslag.⁶⁵⁸ Ook dit kan worden gelegd voordat sprake is van een verhaalsrecht.⁶⁵⁹

De bewoordingen van de wet

597. Bij de beantwoording van de vraag of anticiperend deelgenotenbeslag mogelijk is moet ook aandacht worden besteed aan de bewoordingen van de wet. Worden deze door het toestaan van anticiperend deelgenotenbeslag niet te veel geweld gedaan? Ik ben van mening dat dit niet het geval is. Ten eerste wijs ik erop dat art. 733 Rv enkel eist *dat* het recht om verdeling te vorderen bestaat.

⁶⁵⁶ Ynzonides 2001, par. 2.7, Oudelaar 2003, p. 99, Broekveldt 2003, nr. 402, 403, Mijnsen 2003, par. 1.8 en Jongbloed 2008, p. 112. Vgl. ook HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 473.

⁶⁵⁷ Zelf vind ik dit argument niet heel sterk. Uit het feit dat een dergelijke veroordeling mogelijk is volgt niet vanaf welk moment conservatoir beslag mogelijk is. Deze bepaling is wél van belang in het kader van het instellen van de eis in de hoofdzaak. Zie nr. 600

⁶⁵⁸ De vergelijking tussen beslag en vestiging van zakelijke (zekerheids)rechten is niet onbekend. Zo wijst de Hoge Raad in de arresten HR 25 januari 1991, *NJ* 1992, 172, m.nt. H.J. Snijders (*Van Berkel/Tribosa*) en HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744, m.nt. H.J. Snijders (*Ontvanger/NMB*) ter beantwoording van de vraag of beslag op een toekomstige vordering de vestiging bij voorbaat van een zakelijk recht heeft doorkruist bijv. op art. 3:97 lid 1 BW en gebruiken art. 3:94 lid 3, art. 3:239 lid 1 BW en art. 475 Rv dezelfde bewoordingen waar het gaat om de mogelijkheid van beslag respectievelijk stille cessie of verpanding bij voorbaat.

⁶⁵⁹ Gezien de door mij gemaakte vergelijking met art. 3:231 BW ben ik het niet eens met Broekveldt 2003, nr. 403, die stelt dat beslag voor toekomstige vorderingen alleen mogelijk zou moeten zijn voor zover deze vorderingen rechtstreeks voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Een dergelijke eis wordt in art. 3:231 BW niet gesteld. Ook voor het conservatoir beslag is een dergelijke eis onpraktisch. Neem het voorbeeld van een dreigende onrechtmatige daad. In een dergelijk geval kan in lang niet alle gevallen worden gesproken van een reeds bestaande rechtsverhouding. Toch lijkt het in een dergelijk geval redelijk dat degene die schade dreigt te lijden, maatregelen kan nemen om vergoeding van die schade te verzekeren. De vraag of dit beslag moet worden toegestaan moet niet worden beantwoord op basis van de dogmatische vraag of reeds kan worden gesproken van een reeds bestaande rechtsverhouding, maar op basis van weging van de wederzijdse belangen.

Het artikel bepaalt niet *wanneer* het recht om verdeling te vorderen moet bestaan. Het is dus niet uitgesloten dat het vorderen van verdeling onder voorwaarde of tijdsbepaling volstaat.⁶⁶⁰ Daarnaast zijn uit de parlementaire geschiedenis van art. 733 Rv geen aanwijzingen te putten dat anticiperend verhaalsbeslag zou zijn uitgesloten. Bovendien is ook het toestaan van anticiperend verhaalsbeslag niet in overeenstemming met de letterlijke wettekst. Immers, art. 711, 718, 724 enzovoort Rv spreken steeds van een ‘schuldeiser’. Dit impliceert het bestaan van een vordering. Deze bewoordingen worden echter niet als bezwaar beschouwd om bij wege van anticipatie verhaalsbeslag toe te staan.

Tussenconclusie

598. De conclusie van het voorgaande moet zijn dat de mogelijkheid om anticiperend deelgenotenbeslag te leggen past in het stelsel van de wet. Anticiperend beslag is een geaccepteerd fenomeen, zowel bij reële beslagen als bij verhaalsbeslagen. Het feit dat het recht waarvoor anticiperend conservatoir beslag wordt gelegd op het moment van beslaglegging nog niet bestaat, vormt daarbij geen bezwaar. Ook de tekst van art. 733 Rv vormt geen bezwaar tegen het toestaan van anticiperend deelgenotenbeslag.

3.2.3 Bezwaren?

599. De derde vraag die moet worden beantwoord om te bepalen of anticiperend deelgenotenbeslag mogelijk is betreft de vraag naar eventuele beslag- of procesrechtelijke bezwaren tegen anticiperend deelgenotenbeslag. Deze vraag roept drie deelvragen op. In de eerste plaats: hoe moet de eis in de hoofdzaak worden ingesteld? Ten tweede: welke beperkingen op de mogelijkheid om deelgenotenbeslag te leggen vloeien voort uit de wijze waarop de eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld? Tot slot: kort het beslag de rechten van de deelgenoten niet te veel in?

Hoe moet de eis in de hoofdzaak worden ingesteld?

600. De mogelijkheid van anticiperend deelgenotenbeslag roept de vraag op hoe voor een dergelijk beslag de eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld. Dezelfde vraag speelt ook bij het verhaalsbeslag voor toekomstige of niet opeisbare vorderingen. Ook hier is het de vraag hoe een eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld. Ter beantwoording van deze vraag wordt in de literatuur gewezen op de mogelijkheid tot het instellen van een vordering tot verkrijging van

⁶⁶⁰ Zie voor de mogelijkheid om onder het oude recht verdeling onder voorwaarde of tijdsbepaling te vorderen HR 21 oktober 1892, W. 6255 (*Van Andel/Snoek*). Volgens MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 609 blijft deze mogelijkheid bestaan.

een veroordeling onder voorwaarde of tijdsbepaling (art. 3:296 lid 2 BW).⁶⁶¹ Deze mogelijkheid bestaat ook bij het anticiperend deelgenotenbeslag, aldus dat verdeling onder voorwaarde of tijdsbepaling wordt gevorderd.⁶⁶²

601. Onder het nieuwe personenvennootschapsrecht wordt een bijzondere plaats ingenomen door de gemeenschap van een personenvennootschap. Van een dergelijke gemeenschap kan noch door de deelgenoten, noch door de privé-schuldeisers van de deelgenoten verdeling worden gevorderd (art. 7:806 lid 1 en 827 lid 1 BW). Hieruit lijkt te volgen dat deelgenotenbeslag op de goederen van een dergelijke gemeenschap is uitgesloten. Deze conclusie lijkt mij onjuist. De deelgenoten en hun privé-schuldeisers kunnen namelijk wél vereffening van de gemeenschap afdwingen. Zoals ik in hoofdstuk VIII nog zal uiteenzetten, is vereffening ook te beschouwen als verdeling van de gemeenschap.⁶⁶³

Welke beperkingen vloeien voort uit de wijze waarop de eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld?

602. Als eis in de hoofdzaak bij anticiperend deelgenotenbeslag dient de verdelingsvordering onder voorwaarde of tijdsbepaling. Het louter instellen van deze vordering is voor de bestaanbaarheid van anticiperend deelgenotenbeslag onvoldoende. Deze vordering dient wel tot daadwerkelijke verdeling te kunnen leiden. Daarvoor is het allereerst noodzakelijk dat de voorwaarde of tijdsbepaling waaronder de vordering wordt ingesteld ter zake dienend is. Met andere woorden: ná het in vervulling gaan van de voorwaarde of het verloop van het tijdsverloop, moet de verdeling daadwerkelijk kunnen worden afgedwongen. Een vordering tot verdeling van een gemeenschap waarvan de vordering tot verdeling voor twee jaar is uitgesloten, moet dus worden afgewezen indien deze wordt ingesteld onder een tijdsbepaling van één jaar.

603. Meer van belang is de eis dat degene die onder voorwaarde de vordering tot verdeling instelt voldoende belang bij zijn vordering heeft (art. 3:303 BW).

⁶⁶¹ Ynzonides 2001, par. 2.7, Oudelaar 1995, par. 125, Broekveldt 2003, nr. 402 en 403, Mijnsen 2003, par. 1.8. In de zaak die werd berecht in HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 473 werd een andere eis in de hoofdzaak ingesteld. De beslaglegger vorderde in die zaak dat de beslagene zou worden veroordeeld 'te gehengen en gedogen' dat het beslag gehandhaafd zou blijven. Deze vordering werden door president en hof gesauveerd. M.i. zou in deze zaak in het geheel geen nieuwe eis in de hoofdzaak nodig zijn geweest. Immers, de beslaglegger beschikte reeds over een executoriale titel. Deze titel zag op toekomstige vorderingen (alimentatietermijnen) en kon pas ten uitvoer worden gelegd op het moment dat deze vorderingen waren ontstaan en opeisbaar geworden. De hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3 Rv was dus al ingesteld. Deze oplossing sluit aan bij art. 479e Rv uit de regeling van het alimentatiebeslag. Dit artikellid maakt het mogelijk dat, nadat een executoriale titel voor alimentatie is verkregen, executoriaal loonbeslag kan worden gelegd, ook voor de toekomstige alimentatievorderingen.

⁶⁶² Zie voetnoot 660.

⁶⁶³ Zie nr. 825-827.

Het in vervulling gaan van de voorwaarde mag niet een te zeer speculatief karakter krijgen. Degene die onder voorwaarde verdeling vordert, moet de macht hebben de voorwaarde in vervulling te doen gaan, dan wel moet het in vervulling gaan van de voorwaarde anderszins voldoende waarschijnlijk zijn. Als voorbeeld hiervan kan het deelgenotenbeslag op de goederen van de huwelijksgemeenschap dienen, waarbij de vordering tot verdeling onder de voorwaarde van het ontbonden zijn van de gemeenschap is ingesteld. Wordt deze vordering door een echtgenoot ingesteld, dan schept dit geen probleem. Immers, de echtgenoot kan door het doen van een verzoek tot echtscheiding het in vervulling gaan van de voorwaarde bewerkstelligen. Dit geldt niet voor een schuldeiser van de echtgenoten.⁶⁶⁴ Deze kan geen echtscheiding bewerkstelligen. Zijn verdelingsvordering heeft daarmee een te speculatief karakter en moet wegens gebrek aan belang worden afgewezen. Is echter reeds een echtscheidingsverzoek ingediend, dan komt de vordering van de schuldeiser wél voor toewijzing in aanmerking.⁶⁶⁵

604. Heeft de beslaglegger de mogelijkheid om de voorwaarde waaronder verdeling is gevorderd in vervulling te doen gaan maar laat hij dat na, dan is verdeling onmogelijk. Een beslag komt in deze omstandigheden in aanmerking voor opheffing op de voet van art. 705 Rv. Het verdient echter aanbeveling voor de verlofrechter ervoor te waken dat het niet tot een opheffingskortgeding hoeft te komen. Hij kan aan zijn verlof de voorwaarde verbinden dat de beslaglegger tijdig de noodzakelijke voorwaarden vervult die ertoe strekken dat de verdeling daadwerkelijk kan worden afgedwongen. Dat de verlofrechter de bevoegdheid heeft om zijn verlof aan nadere voorwaarden te verbinden, volgt uit art. 700 lid 3 en 701 lid 1 Rv. Beide bepalingen verbinden het verlof van de voorzieningenrechter aan nadere voorwaarden om zo misbruik van beslag te voorkomen.⁶⁶⁶

Rechten van de deelgenoten

605. Bij de beantwoording van de vraag of anticiperend deelgenotenbeslag bestaanbaar is, moet tot slot de vraag worden beantwoord of een anticiperend deelgenotenbeslag de rechten van de beslagen deelgenoten niet te veel beperkt.

⁶⁶⁴ Daarbij zij opgemerkt dat een dergelijke schuldeiser nog om een andere reden geen belang bij zijn vordering heeft. Hij kan zich immers op grond van art. 1:95 en 96 BW op de goederen van de huwelijksgemeenschap verhalen.

⁶⁶⁵ Zie echter voetnoot 664.

⁶⁶⁶ Dat de voorzieningenrechter een ruime bevoegdheid heeft om aan zijn uitspraken voorwaarden te verbinden blijkt ook uit HR 26 mei 2000, *NJ* 2001, 388, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2001, 107, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Aruba/Boeije*). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de voorzieningenrechter aan de uitspraak waarbij hij een beslag opheft, de voorwaarde kan verbinden van het stellen van zekerheid. Ook het Hof 's-Hertogenbosch is van mening dat de voorzieningenrechter beperkingen kan stellen aan het verlof; zie Hof 's-Hertogenbosch 11 november 2003, *JOR* 2004, 115, m.nt. E. Loesberg.

Zonder het beslag zouden de beslagen deelgenoten op grond van de bestuursverdeling bepaalde rechten ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen hebben. Door het beslag worden deze rechten (deels) ingeperkt. Het is de vraag of dit aanvaardbaar is. Ik ben van mening dat het hier niet zonder meer gaat om een bezwaar van doorslaggevende aard. Iets dergelijks doet zich ook voor bij andere anticiperende beslagen. De belangen van de deelgenoten bij het voortduren van hun rechten kunnen in een opheffingsgeding worden afgewogen tegen de belangen van de beslaglegger bij het behoud van het beslagen goed.⁶⁶⁷

3.2.4 Conclusie

606. Mijn conclusie is dat er geen bezwaren zijn om deelgenotenbeslag ook mogelijk te achten als de beslaglegger slechts een toekomstig recht op verdeling heeft. Aan een dergelijk beslag bestaat een reële behoefte en het beslag past bovendien in het systeem van de wet en is niet in strijd met de wettekst. De beslaglegger moet verdeling van de gemeenschap onder voorwaarde of tijdsbepaling vorderen. Hij moet wel bij machte zijn om (op termijn) verdeling van de gemeenschap daadwerkelijk af te dwingen. Bovendien moet hij in staat zijn om eventuele voorwaarden in vervulling te doen laten gaan die nodig zijn om verdeling mogelijk te maken. Het beslag mag bovendien de rechten van de deelgenoten niet onevenredig beperken. Indien dat wel het geval is, ligt een opheffingskortgeding voor de hand.

3.3 Rechtsopvolging⁶⁶⁸

607. Rechtsopvolging onder algemene dan wel bijzondere titel vormt geen belemmering voor de mogelijkheid om deelgenotenbeslag te leggen. Rechtsopvolging onder bijzondere titel vindt plaats als een deelgenoot, een beperkt gerechtigde op een aandeel in een gemeenschappelijk goed of een schuldeiser van een deelgenoot zijn recht overdraagt. Een deelgenoot kan dit doen door overdracht van zijn aandeel in de gemeenschappelijke goederen; hetzelfde geldt voor de beperkt gerechtigde op een aandeel in een gemeenschappelijk goed. Een schuldeiser kan zijn vordering op een deelgenoot cederen. De posities van deelgenoot, beperkt gerechtigde en schuldeiser van een deelgenoot kunnen ook overgaan op basis van rechtsopvolging onder algemene titel.

608. Rechtsopvolging onder algemene dan wel onder bijzondere titel leidt ertoe dat de rechtsopvolger de positie van deelgenoot, beperkt gerechtigde op een aandeel in een goed of van privéschuldeiser van een deelgenoot verkrijgt. Hier-

⁶⁶⁷ Zie over deze afweging verder nr. 916 en 917.

⁶⁶⁸ Zie hierover Verstappen 1996.

mee verkrijgt hij ook de bevoegdheid om verdeling van de gemeenschap te vorderen.⁶⁶⁹

3.4 Conclusie

609. Deelgenotenbeslag kan worden gelegd door alle personen die thans verdeling van de gemeenschap kunnen afdwingen. Kan op enig moment nog geen verdeling van de gemeenschap worden afgedwongen dan sluit dit de mogelijkheid van het leggen van deelgenotenbeslag bij wege van anticipatie op een toekomstige verdeling niet uit. In dat geval dient de vordering tot verdeling onder voorwaarde of tijdsbepaling (art. 3:296 BW) als eis in de hoofdzaak. Daaruit volgt dat deelgenotenbeslag alleen kan worden gelegd als na het in vervulling gaan van de voorwaarde of na het tijdsverloop de verdeling daadwerkelijk kan worden afgedwongen. Daarbij geldt bovendien dat de voorwaarde waaronder verdeling wordt gevorderd niet een te speculatief karakter mag krijgen. De beslaglegger moet het in vervulling gaan van de voorwaarde kunnen bewerkstelligen, of het in vervulling gaan van de voorwaarde moet anderszins voldoende waarschijnlijk zijn. Tot slot geldt dat de belangen bij het voortbestaan van de bevoegdheden van de deelgenoten op grond van de bestuursverdeling moeten worden afgewogen tegen de belangen van de beslaglegger bij het inperken van deze bevoegdheden door middel van het beslag.

Deelgenotenbeslag kan bovendien worden gelegd door degene die zijn recht om verdeling van de gemeenschap te vorderen heeft verkregen als gevolg van rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel.

4 Maritaal beslag

610. De vraag wie maritaal beslag kan leggen, moet worden beantwoord aan de hand van art. 768 lid 1 Rv. Dit artikellid luidt:

‘Indien echtgenoten of gewezen echtgenoten dan wel geregistreerde partners of vroegere geregistreerde partners gehuwd onderscheidenlijk als partners geregistreerd zijn of waren in een gemeenschap van goederen, kan ieder van hen de voorzieningenrechter van de rechtbank verzoeken hem verlof te verlenen tot verzegeling, boedelbeschrijving en waardering van goederen der gemeenschap alsmede tot het leggen van conservatoir beslag op goederen der gemeenschap.’

Volgens de wet kunnen dus (gewezen) echtgenoten en (gewezen) geregistreerde partners⁶⁷⁰ maritaal beslag leggen. Hieronder onderzoek ik welke personen op grond van deze regel maritaal beslag kunnen leggen. Ik behandel achtereenvolgens echtgenoten (4.1), gewezen echtgenoten (4.2), partners in een non-existent

⁶⁶⁹ Vgl. onder het oude recht: HR 9 april 1943, *NJ* 1943, 346 (*Stoutjesdijk/Van der Slikke*).

⁶⁷⁰ Zoals ik in de inleiding heb uiteengezet, geldt hetgeen ik opmerk voor echtgenoten ook voor geregistreerde partners, tenzij ik anders aangeef; zie nr. 5.

of nietig huwelijk (4.3), de persoon die zijn positie als gevolg van rechtsopvolging onder algemene (4.4) of bijzondere (4.5) titel heeft verkregen en ongehuwd samenwonenden (4.6).

4.1 *Echtgenoten*

611. Art. 768 lid 1 Rv opent allereerst de mogelijkheid dat maritaal beslag wordt gelegd door echtgenoten. Echtgenoten zijn personen tussen wie een geldig huwelijk bestaat. Onder deze categorie vallen ook van tafel en bed gescheiden echtgenoten en de echtgenoten tussen wie de gemeenschap door een beschikking is opgeheven. Voor zover in deze laatste twee gevallen nog een ontbonden huwelijksgemeenschap bestaat, bestaat geen bezwaar tegen het leggen van maritaal beslag op de goederen van deze gemeenschap.

612. Voor echtgenoten die niet van tafel en bed zijn gescheiden en tussen wie de gemeenschap niet bij beschikking is opgeheven, bestaan twee motieven om tot beslaglegging over te gaan. Ten eerste blijft, zolang de gemeenschap niet is ontbonden, de privatieve bestuursverdeling gelden. Dit betekent dat de bestuursbevoegde echtgenoot zijn bestuursmacht kan blijven gebruiken om over de goederen van de huwelijksgemeenschap te beschikken of daarmee vergelijkbare handelingen te verrichten. Ten tweede heeft de niet-bestuursbevoegde echtgenoot in de regel ook de feitelijke macht over de gemeenschapsgoederen. Hij kan deze feitelijke macht gebruiken om deze goederen aan de gemeenschap te onttrekken. Voor echtgenoten die wél van tafel en bed zijn gescheiden of tussen wie de gemeenschap wél is opgeheven, bestaat alleen het tweede motief om beslag te leggen.

4.2 *Gewezen echtgenoten*

613. Art. 768 lid 1 Rv maakt duidelijk dat ook gewezen echtgenoten maritaal beslag kunnen leggen. Over het algemeen is van gewezen echtgenoten sprake als het huwelijk op één van de in art. 1:149 BW aangegeven wijzen is beëindigd. Voor maritaal beslag is alleen het beëindigen van het huwelijk door echtscheiding relevant, aangezien art. 769 lid 1 Rv bepaalt dat als eis in de hoofdzaak gelden het verzoek tot echtscheiding, het verzoek tot scheiding van tafel en bed en het verzoek tot opheffing van de gemeenschap.⁶⁷¹

614. Voor gewezen echtgenoten lijkt de mogelijkheid van maritaal beslag minder voor de hand te liggen dan voor echtgenoten. Tussen gewezen echtgenoten geldt immers niet langer de privatieve bestuursverdeling van de huwelijksgemeenschap, maar geldt de overwegend collectieve bestuursverdeling van de liquidatiegemeenschap. Het gevolg hiervan is dat in de regel de beide gewezen

⁶⁷¹ Zie voor de vraag of na overlijden na of gedurende een echtscheidingsprocedure desondanks nog maritaal beslag mogelijk is 632 e.v.

echtgenoten slechts gemeenschappelijk bevoegd zijn om de gemeenschap te beheren en over de goederen hiervan te beschikken (art. 3:189 lid 2 jo. art. 3:170 lid 2 en 3 BW). Wel hebben de beide gewezen echtgenoten in de regel de feitelijke macht over (een deel van) de gemeenschappelijke goederen. Dit betekent dat zij hun feitelijke macht kunnen gebruiken om deze goederen aan de gemeenschap te onttrekken.

615. Het is lange tijd niet duidelijk geweest of ook gewezen echtgenoten maritaal beslag kunnen leggen.⁶⁷² Twee opvattingen waren mogelijk. In de eerste opvatting werd veel gewicht toegekend aan het feit dat na de ontbinding van het huwelijk ook de bestuursverdeling tussen de echtgenoten is geëindigd. In deze opvatting kan na de ontbinding van het huwelijk geen maritaal beslag worden gelegd. Na ontbinding van het huwelijk heeft de ontbonden huwelijksgemeenschap het karakter van een liquidatiegemeenschap. Binnen deze gemeenschap zijn de echtgenoten in beginsel alleen gezamenlijk bevoegd om over de goederen te beschikken. In andere liquidatiegemeenschappen, bijvoorbeeld de gemeenschap van een nalatenschap, ontbreekt een met maritaal beslag vergelijkbare maatregel. In de tweede opvatting werd aangenomen dat na de ontbinding van het huwelijk wél maritaal beslag kan worden gelegd. In deze opvatting wordt belang gehecht aan het feit dat de voormalige echtgenoten ook na ontbinding van het huwelijk nog feitelijke macht over de goederen kunnen uitoefenen. Er bestaat dus nog steeds een behoefte aan beslag. Bovendien blijft maritaal beslag ook na de ontbinding van het huwelijk liggen. Het zou weinig consequent zijn om te oordelen dat een vóór de ontbinding van het huwelijk gelegd maritaal beslag blijft liggen, maar dat na de ontbinding van het huwelijk geen maritaal beslag meer kan worden gelegd.

616. De vraag of ook na echtscheiding maritaal beslag kan worden gelegd, werd in 1976 beslecht. In dat jaar oordeelde de Hoge Raad in het Concordiastraat 15-arrest⁶⁷³ over deze vraag:

‘dat het in art. 825f lid 1 bedoelde verlot kan worden gevraagd “na de betekening van de in art. 816 bedoelde dagvaarding”, en dat volgens lid 3 de Pres. tot het leggen van conservatoir beslag slechts verlot verleent ingeval van gegronde vrees voor verduistering;
dat mitsdien het verlot in beginsel niet aan een bepaald tijdstip is gebonden, hetgeen geredelijk zijn verklaring daarin vindt dat voor het vragen van verlot pas aanleiding is indien blijkt van gevaar voor verduistering;
dat feiten waaruit van zodanig gevaar blijkt, zich ook na de echtscheiding voor de werkelijke verdeling van de goederen der gemeenschap kunnen voordoen; dat dit meebrengt dat toepassing van het hier bedoelde middel, dat de ene echtgenoot be-

⁶⁷² Tegen: Rb. Haarlem 27 maart 1928, W. 11829 en Willems 1977, p. 37-39. Voor: Hugenholtz 1937, nr. 76, Pres. Rb. Amsterdam 4 september 1933, NJ 1933, 1543.

⁶⁷³ HR 25 juni 1976, NJ 1977, 127 (*Concordiastraat 15*).

scherming wil bieden tegen verduistering van tot de gemeenschap behorende goederen door de andere echtgenoot, ook na de echtscheiding op zijn plaats kan zijn; dat de echtgenoten ten tijde van de echtscheiding vaak al uit elkaar zullen zijn en een conservatoir middel ter bescherming van de ene echtgenoot tegen verduistering van tot de ontbonden gemeenschap behorende goederen welke de andere echtgenoot onder zich heeft, in een reële behoefte kan voorzien; dat het bestaan van een dergelijke behoefte aan bescherming ook bij de wetgever erkenning heeft gevonden, in zoverre als uit art. 825f lid 3, tweede zin, in verband met art. 808g lid 2 volgt dat na de uit de echtscheiding voortvloeiende ontbinding van de gemeenschap het beslag blijft liggen tot de werkelijke verdeling der goederen; dat tegenover vorenstaande argumenten niet voldoende gewicht toekomt aan de omstandigheid dat art. 825f lid 1 spreekt van “echtgenoten”, waarbij in aanmerking valt te nemen dat in meer bepalingen der wet, zoals in art. 101 van boek 1 BW, onder de term “echtgenoten” ook gewezen echtgenoten begrepen zijn; (...)’

Hiermee laat de Hoge Raad de functie van maritaal beslag – het voorkomen van verduistering van de gemeenschapsgoederen – prevaleren boven de juridische status van de gemeenschap en de daaraan verbonden bestuursverdeling. De wetgever heeft zich bij deze opvatting aangesloten. Sinds 1 januari 1993 bepaalt de wet dat maritaal beslag tussen gewezen echtgenoten is toegestaan.⁶⁷⁴

4.3 *Non-existente huwelijken en ‘nietige’ huwelijken*

617. Het is mogelijk dat een huwelijk dat tussen twee partijen lijkt te bestaan, rechtens niet bestaat of als gevolg van een rechterlijke uitspraak wordt geacht nooit te hebben bestaan. In het eerste geval is sprake van een non-existent huwelijk, in het tweede geval van een huwelijk dat aan nietigverklaring blootstaat. Het is de vraag of in deze twee gevallen maritaal beslag mogelijk is. Voordat ik deze vraag kan beantwoorden, moet ik eerst ingaan op het onderscheid tussen non-existente huwelijken en huwelijken die aan nietigverklaring blootstaan (4.3.1). Daarna zal ik voor het non-existente huwelijk (4.3.2) en het huwelijk dat aan nietigverklaring blootstaat (4.3.3), de vraag beantwoorden of maritaal beslag kan worden gelegd. Ik eindig met een conclusie (4.3.4).

4.3.1 *Onderscheid*

618. Het is noodzakelijk om onderscheid te maken tussen een huwelijk dat aan nietigverklaring blootstaat en een non-existent huwelijk. Een huwelijk dat aan nietigverklaring blootstaat, is een voltrokken huwelijk dat niet voldoet aan alle eisen die voor een onaantastbaar huwelijk gelden. Van een voltrokken huwelijk is sprake als een handeling naar de vorm een huwelijk schijnt te zijn. Dat wil zeggen dat een uitwisseling van verklaringen tussen de echtgenoten plaatsvindt, ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand, inhoudende dat

⁶⁷⁴ Vgl. art. 816 (oud) Rv, zoals dat is ingevoerd met de Wet van 1 juli 1992 tot herziening van het scheidingsprocesrecht, *Stb.* 373. Wel heeft de wetgever verzuimd om art. 1:110 lid 2 BW hierop aan te passen. Zie ook Van der Lee 1997, p. 12.

zij elkaar over en weer tot echtgenoot aannemen.⁶⁷⁵ Aan de eisen voor een on-aantastbaar huwelijk is bijvoorbeeld niet voldaan als één van de echtgenoten niet heeft begrepen wat de betekenis was van de door hem afgelegde verklaring. De terminologie ‘huwelijk dat aan nietigverklaring blootstaat’ is overigens een ongelukkige. Deze terminologie wekt de indruk dat het huwelijk van rechtswege nietig zou zijn. Dit is onjuist. Voldoet een huwelijk niet aan de wettelijke eisen, dan is dit huwelijk geldig, totdat door een rechterlijke verklaring de nietigheid van het huwelijk wordt uitgesproken.⁶⁷⁶ De uitspraak van de rechter is constitutief en niet declaratoir.⁶⁷⁷

619. Van huwelijken die aan nietigverklaring blootstaan, moet worden onderscheiden het geval waarin sprake is van een non-existent huwelijk. Dit wil zeggen dat geen sprake is van een voltrokken huwelijk. Een huwelijk is niet voltrokken indien de handeling waarmee de pseudo-echtgenoten meenden het huwelijk te sluiten niet aan de vorm van een huwelijk voldoet.⁶⁷⁸ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een huwelijk ten overstaan van een niet-bevoegde derde, bijvoorbeeld een geestelijke, is voltrokken.⁶⁷⁹

4.3.2 *Non-existente huwelijken*

620. Het is de vraag of de pseudo-echtgenoten in een non-existent huwelijk maritaal beslag kunnen leggen. Bij een non-existent huwelijk is in werkelijkheid geen sprake van een huwelijk; in feite gaat het om een bijzondere vorm van ongehuwd samenwonen. De juridische consequenties hiervan zijn dan ook in beginsel dezelfde als de gevolgen van ongehuwd samenwonen in het algemeen. Tussen partijen ontstaat niet van rechtswege een huwelijksgemeenschap. Wel kunnen op basis van de regels van het gewone vermogensrecht goederen gemeenschappelijk worden. Denk aan het geval waarin de pseudo-echtgenoten gezamenlijk een zaak kopen en geleverd krijgen. Het feit dat van een non-existent huwelijk sprake is, neemt niet weg dat partijen, en wellicht ook derden, gedurende een bepaalde tijd ervan uit zijn gegaan dat een huwelijk, en daarmee een huwelijksgemeenschap, heeft bestaan. Gedurende deze tijd zijn wellicht goederen van de ene ‘echtgenoot’ uitgewonnen voor schulden van de andere ‘echtgenoot’ of heeft de ene ‘echtgenoot’ beschikt over één of meer goederen van de andere ‘echtgenoot’. Dit leidt op basis van het algemene vermogensrecht tot het ontstaan van vergoedingsrechten. Verder is niet uitgesloten dat tussen partijen een recht bestaat tot (gedeeltelijke) vermogensdeling of overdracht van bepaalde

⁶⁷⁵ Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 1, p. 223.

⁶⁷⁶ De Boer 2002, nr. 167.

⁶⁷⁷ Nuytinck 2006, nr. 65.

⁶⁷⁸ De Boer 2002, nr. 163.

⁶⁷⁹ Zie bijv. HR 17 november 1966, NJ 1968, 1, m.nt. D.J. Veegens (*Huwelijk te Mannheim*).

goederen. Ook acht ik een recht op alimentatie na de beëindiging van de samenleving niet geheel uitgesloten. Of hiervan sprake is, moet worden beoordeeld met inachtneming van de rechtsverhouding tussen partijen en de reden van non-existent van het huwelijk.

621. De vraag of de pseudo-echtgenoten in een non-existent huwelijk maritaal beslag kunnen leggen, moet worden beantwoord aan de hand van de criteria voor analoge toepassing van conservatie- of executiemiddelen.⁶⁸⁰ Het beslag moet ten eerste een reëel doel dienen. Bovendien moet het beslag passen in het stelsel van de wet. Tot slot geen voldoende zwaarwegende bezwaren tegen toepassing van het beslag bestaan.

Reëel doel?

622. Als partijen ontdekken dat zij niet zijn gehuwd, volgt uit deze ontdekking ook dat geen huwelijksgemeenschap tussen hen bestaat. Ieder van hen zal dus het bestuur over zijn eigen goederen kunnen voeren. Voor zover deze situatie niet overeenkomt met de werkelijkheid en de ene partij het feitelijke bestuur voert over de goederen van de ander, kan laatstgenoemde door middel van beslag tot afgifte haar rechten veilig stellen. Rechten op overdracht van een goed kunnen met een beslag tot levering worden veiliggesteld. Vergoedingsrechten en het recht op levensonderhoud kunnen op adequate wijze worden zeker gesteld met een verhaalsbeslag. In zoverre dient het beslag dus geen reëel doel.

623. Dit is anders indien als gevolg van het ‘huwelijk’ ook een eenvoudige gemeenschap is ontstaan. In hoofdstuk III heb ik aangegeven dat de rechtsbescherming in het kader van de eenvoudige gemeenschap een hiaat vertoont.⁶⁸¹ Op een gemeenschapsgoed in een eenvoudige gemeenschap kan enkel deelgenotenbeslag worden gelegd als de beslaglegger in het bijzonder voor toedeling in aanmerking komt. Dit kan niet als hij het goed enkel wil behouden om de waarde die het goed vertegenwoordigt. In dit geval zou het maritale beslag wél een reëel doel dienen.

Stelsel van de wet

624. De vraag of het beslag past in het stelsel van de wet moet worden beoordeeld aan de hand van twee gezichtspunten. Ten eerste de vraag of in vergelijkbare gevallen het recht op beslag wel is erkend. Ten tweede de vraag of aan de bewoordingen van de wet niet te zeer geweld wordt gedaan. Ik ben van mening dat uit beide gezichtspunten volgt dat pseudo-echtgenoten in een non-existent huwelijk geen maritaal beslag kunnen leggen. Ten eerste zou deze mogelijkheid de woorden van de wet te veel geweld doen. Ten tweede, en nauw

⁶⁸⁰ Zie hierover nr. 577 e.v.

⁶⁸¹ Zie nr. 505.

hiermee verbonden, kan niet worden gezegd dat de wetgever in vergelijkbare gevallen maritaal beslag heeft toegestaan. Integendeel, vooralsnog wordt maritaal beslag aan ongehuwd samenwonenden onthouden. Zolang dit het geval is gaat toepassing van maritaal beslag bij een non-existent huwelijk te ver.

Andere bezwaren

625. Na het voorgaande behoeft de vraag of maritaal beslag bij een non-existent huwelijk voor het overige op bezwaren stuit, nog nauwelijks behandeling. Ik volsta op deze plaats met de opmerking dat een bezwaar zou kunnen zijn dat het bij een non-existent huwelijk moeilijk is om een procedure aan te wijzen die als ‘eis in de hoofdzaak’ zou kunnen dienen.

4.3.3 Nietigverklaring van een huwelijk

626. Tussen de echtgenoten in een huwelijk dat blootstaat aan nietigverklaring, bestaat, zolang het huwelijk nog niet daadwerkelijk nietigverklaard is, een geldig huwelijk. Dit betekent ook dat tot de nietigverklaring een huwelijksgemeenschap bestaat. Na de nietigverklaring wordt het huwelijk geacht nooit te hebben bestaan. De beschikking heeft terugwerkende kracht (art. 1:77 lid 2 BW). Dit betekent dat na de nietigverklaring een huwelijk dat aan nietigverklaring blootstaat, in beginsel dezelfde gevolgen heeft als een non-existent huwelijk. Er bestaat geen huwelijksgemeenschap. De ‘echtgenoten’ besturen ieder hun eigen goederen en kunnen hun goederen bij de andere ‘echtgenoot’ opeisen. Eventueel kunnen rechten bestaan op overdracht van een goed of op vermogensdeling. Ook een recht op levensonderhoud is niet geheel uitgesloten.

627. Op het beginsel dat geen huwelijksgemeenschap ontstaat als gevolg van een nietigverklaard huwelijk, bestaan wel uitzonderingen. De nietigverklaring heeft geen terugwerkende kracht ten aanzien van drie groepen van personen, te weten:

1. de kinderen der ‘echtgenoten’,
2. de andere ‘echtgenoot’, op voorwaarde dat deze te goeder trouw is en het huwelijk niet aan nietigverklaring blootstaat wegens – kort gezegd – bigamie, en
3. derden te goeder trouw die vóór de inschrijving van de nietigverklaring in de registers van de burgerlijke stand rechten hebben verkregen (art. 1:77 lid 2 BW).

Het is de vraag of de ‘echtgenoten’ in een huwelijk dat aan nietigverklaring blootstaat, maritaal beslag kunnen leggen als zij de procedure tot nietigverkla-

ring beginnen.⁶⁸² Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van de criteria voor de analoge toepassing van een conservatie- of executiemiddel. Het antwoord verschilt van het antwoord bij de echtgenoten in een non-existent huwelijk.

Reëel belang

628. Net als de echtgenoten in een non-existent huwelijk hebben de echtgenoten in een huwelijk dat blootstaat aan nietigverklaring een reëel belang om beslag te leggen. Dit reële belang bestaat ten eerste ten aanzien van een eventuele eenvoudige gemeenschap die is ontstaan. Ten tweede bestaat dit reële belang voor zover het huwelijk ten aanzien van bepaalde personen niet als nietig geldt (art. 1:77 lid 2 BW). In dat verband valt te denken aan de echtgenoot die ten aanzien van de mogelijkheid van nietigverklaring te goeder trouw was, terwijl de oorzaak van de nietigverklaring een andere is dan – kort gezegd – bigamie. Ten aanzien van deze echtgenoot is het huwelijk geldig en geldt de nietigverklaring als echtscheiding.

Stelsel van de wet

629. Het toestaan van maritaal beslag aan ‘echtgenoten’ in een huwelijk dat blootstaat aan nietigverklaring, past over het algemeen evenmin in het stelsel van de wet als het toestaan van maritaal beslag aan pseudo-echtgenoten in een non-existent huwelijk. Hierop bestaat echter een belangrijke uitzondering. Ten aanzien van de personen, bedoeld in art. 1:77 lid 2 BW, wordt het huwelijk als geldig aangemerkt. In de gevallen van art. 1:77 lid 2 BW geldt dus dat maritaal beslag past in het stelsel van de wet.

Andere mogelijke bezwaren

630. Als beslagrechtelijk bezwaar kan worden opgemerkt dat niet direct duidelijk is wat als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt. Gezien art. 1:77 lid 2 BW, dat bepaalt dat de nietigverklaring dezelfde gevolgen heeft als een echtscheiding, ligt het voor de hand om aan te nemen dat de nietigverklaring ook als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt.

⁶⁸² Kennelijk was de Rechtbank Haarlem van mening dat deze mogelijkheid bestaat. De rechtbank oordeelde namelijk dat een maritaal beslag dat kennelijk was gelegd in het kader van een procedure tot nietigverklaring van een geregistreerd partnerschap, van rechtswege was vervallen. Uit het feit dat het beslag was gelegd, volgt dat bij de verlofverlening de voorzieningenrechter van de rechtbank van mening was dat in het kader van de procedure tot nietigverklaring maritaal beslag kan worden gelegd; zie Rb. Haarlem 12 juli 2005, *LJN* AU0322, *RFR* 2005, 111.

4.3.4 *Conclusie*

631. De conclusie uit het voorgaande is dat pseudo-echtgenoten in een non-existent huwelijk geen maritaal beslag kunnen leggen. Hetzelfde geldt voor de ‘echtgenoten’ in een huwelijk dat aan nietigverklaring blootstaat. De uitzonderingen hierop vormen de gevallen van art. 1:77 lid 2 BW. In die gevallen geldt de procedure tot nietigverklaring van het huwelijk als hoofdzaak.

4.4 *Rechtsopvolging onder algemene titel*

632. Maritaal beslag beschermt de rechten van de (gewezen) echtgenoten op de goederen van de huwelijksgemeenschap. Deze rechten kunnen onder algemene titel overgaan op een derde. In het kader van maritaal beslag zijn twee wijzen van rechtsopvolging onder algemene titel relevant. De eerste betreft de boedelmenging. Dit doet zich voor als een gewezen echtgenoot voordat de gemeenschap is verdeeld, met een ander trouwt en tussen hem en die ander ook een huwelijksgemeenschap ontstaat. Voorts doet overgang onder algemene titel zich voor bij erfopvolging ingeval een (gewezen) echtgenoot overlijdt voordat de gemeenschap is verdeeld. In beide gevallen roept een opvolging onder algemene titel drie vragen op. Allereerst de vraag of een reeds gelegd maritaal beslag zijn werking behoudt. Ten tweede of de (gewezen) echtgenoot aan wiens zijde geen rechtsopvolging heeft plaatsgevonden een nieuw maritaal beslag kan leggen. Tot slot de vraag of degene die de (gewezen) echtgenoot heeft opgevolgd (verder: ‘de opvolger’) een nieuw maritaal beslag kan leggen. Deze vragen moeten worden beantwoord aan de hand van de criteria voor de analoge toepassing van een conservatie- of executiemiddel. Dat wil zeggen: voorziet het beslag in een reële behoefte (4.4.1), past het beslag past in het stelsel van de wet (4.4.2) en bestaan bezwaren van een zodanig klemmende aard dat zijn die tot het oordeel voeren dat beslag onmogelijk moet worden geacht (4.4.3)? Ik zal deze vragen beantwoorden en vervolgens de vraag beantwoorden of maritaal beslag na rechtsopvolging onder algemene titel mogelijk is (4.4.4).

4.4.1 *Reële behoefte*

633. Bij de beantwoording van de vraag of het maritaal beslag na rechtsopvolging voldoet aan een reële behoefte, moet worden uitgegaan van de bestuursbevoegdheid en de feitelijke macht zoals deze vóór de opvolging aan beide (gewezen) echtgenoten toekomt en ná de opvolging aan de opvolger en de echtgenoot die niet is opgevolgd toekomt. Als regel geldt dat als gevolg van de opvolging de feitelijke macht van de echtgenoot die wordt opgevolgd, overgaat op diens opvolger. De feitelijke macht van de andere echtgenoot wordt door de opvolging onverlet gelaten. Beide partijen hebben zo gezien na de opvolging even veel behoefte aan maritaal beslag als vóór de opvolging. Of de bestuursverdeling als gevolg van de opvolging een wijziging ondergaat, hangt af van de reden van

opvolging. Vindt de opvolging plaats als gevolg van het overlijden van een echtgenoot vóórdat de gemeenschap is ontbonden, dan wijzigt de bestuursverdeling van de gemeenschap van die van een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap naar die van een liquidatiegemeenschap, te weten die van een gemeenschap van een nalatenschap. In dat geval ondergaat de bestuursbevoegdheid door de opvolging dus wél een wijziging. Dit is echter niet, of in veel mindere mate, het geval als de opvolging plaatsvindt als gevolg van het overlijden of hertrouwen van één van de echtgenoten nádat de gemeenschap is ontbonden. In dat geval blijft de bestuursverdeling van de liquidatiegemeenschap gelden, zij het dat in het eerste geval naast de bijzondere regels van de ontbonden huwelijksgemeenschap ook de regels van de gemeenschap van een nalatenschap gaan gelden. In alle gevallen van opvolging onder algemene titel geldt echter dat na de opvolging een bestuursverdeling geldt die gelijk of vrijwel gelijk is aan die van de ontbonden huwelijksgemeenschap. Van deze laatste bestuursverdeling staat vast dat deze voldoende aanleiding vormt om maritaal beslag te leggen.⁶⁸³ Daarbij komt dat de rechtsopvolging de verhoudingen tussen partijen veelal op scherp zal zetten. Als een gewezen echtgenoot kort na een echtscheiding trouwt met een ander of als een (gewezen) echtgenoot tijdens of kort na een echtscheidingsprocedure komt te overlijden, dan ligt het voor de hand dat dit de schikkingsbereidheid tussen partijen niet bevordert. Zo bezien valt zelfs niet uit te sluiten dat na rechtsopvolging meer behoefte bestaat aan maritaal beslag dan voordien het geval was.

4.4.2 *Past het beslag in het stelsel van de wet?*

634. Nu vaststaat dat maritaal beslag na rechtsopvolging voldoet aan een reële behoefte is het de vraag of een dergelijk beslag past in het stelsel van de wet. De Hoge Raad geeft voor de beantwoording van deze vraag twee relevante gezichtspunten, te weten de vraag of de wetgever in vergelijkbare gevallen beslag heeft toegestaan en de vraag of het toestaan van het beslag niet afstuit op de bewoordingen van de wet.

Beslag in vergelijkbare gevallen

635. In het Concordiastraat 15-arrest kon de Hoge Raad erop wijzen dat de wetgever weliswaar niet de vraag had beantwoord of maritaal beslag nog kon worden gelegd nadat de echtscheiding een feit was, maar dat uit de wet wel zonneklaar bleek dat maritaal beslag na de echtscheiding bleef liggen. Daarmee stond voor de Hoge Raad vast dat beslag in vergelijkbare gevallen mogelijk was. In het geval van boedelmenging en erfopvolging ontbreekt een dergelijke duidelijke aanwijzing. Het is echter wel mogelijk om een vergelijking te trekken met

⁶⁸³ Vgl. nr. 616.

het maritaal beslag na echtscheiding De liquidatiegemeenschap die ontstaat na overlijden van een (gewezen) echtgenoot vertoont sterke overeenkomsten met de liquidatiegemeenschap die ontstaat na ontbinding van de huwelijksgemeenschap als gevolg van echtscheiding, scheiding van tafel en bed en opheffing van de gemeenschap bij beschikking. De wet noemt in art. 1:99 lid 1 BW deze drie gronden zelfs in één adem met het overlijden van een echtgenoot. Ik zou daarom willen concluderen dat er met erfopvolging vergelijkbare gevallen zijn waarin de maritaal beslag is toestaan. Na boedelmenging blijft het rechtskarakter van de ontbonden huwelijksgemeenschap zelfs geheel behouden. Het enige verschil is dat in plaats van twee nu drie personen zijn gerechtigd tot de gemeenschap. Hier is dus nog minder reden om aan te nemen dat maritaal beslag uitgesloten moet worden geacht. Daar komt bij dat het rechtskarakter van rechtsopvolging onder algemene titel inhoudt dat de opvolger dezelfde positie inneemt ten aanzien van de goederen als dat zijn voorganger dat deed. Ook vanuit deze optiek is er dus alle reden om maritaal beslag na erfopvolging of boedelmenging mogelijk te achten.

Bewoordingen van de wet

636. Een andere vraag is of maritaal beslag na rechtsopvolging niet te zeer in strijd is met de bewoordingen van de wet. Dit lijkt mij niet het geval. In het Concordiastraat 15-arrest wees de Hoge Raad er al op dat de wet op meer plaatsen het woord ‘echtgenoten’ gebruikt waar ook ‘gewezen echtgenoten’ kan worden gelezen. Bij maritaal beslag na rechtsopvolging onder algemene titel doet zich iets dergelijks voor. Er is geen enkel bezwaar om een gewezen echtgenoot die is hertrouwd ten opzichte van zijn oorspronkelijke echtgenoot als gewezen echtgenoot aan te merken. Ook is het niet ongebruikelijk dat de wet met het woord ‘echtgenoot’ ook doelt op de erfgenamen van een echtgenoot of op de echtgenoot wiens huwelijk door de dood van de andere echtgenoot is geëindigd. Een voorbeeld hiervan is te vinden in art. 1:100 BW, waarin wordt bepaald dat de echtgenoten een gelijk aandeel in de gemeenschap hebben.⁶⁸⁴

4.4.3 Andere bezwaren

637. Tot slot moet de vraag worden beantwoord of er nog andere bezwaren zijn tegen maritaal beslag na rechtsopvolging.

638. Tegen maritaal beslag na boedelmenging bestaat slechts één ondergeschikt bezwaar. Dit is gelegen in het feit dat een beslag ten laste van de gewezen echtgenoot aan wiens zijde zich boedelmenging heeft voorgedaan niet alleen die

⁶⁸⁴ Uiteraard zijn er voorbeelden waarin dit niet het geval is. Zo vallen onder het begrip ‘echtgenoten’ van art. 1:69 lid 1, onder b, BW niet ‘gewezen echtgenoten’. Zie HR 5 november 1999, NJ 2000, 63, m.nt. A.R. Bloembergen.

gewezen echtgenoot treft, maar ook zijn nieuwe echtgenoot. Dit lijkt mij niet een bezwaar van een zo fundamentele aard dat hieruit volgt dat maritaal beslag is uitgesloten.

639. Maritaal beslag na erfopvolging werpt fundamentele beslagrechtelijke problemen op. Het lot van een maritaal beslag is afhankelijk van het lot van de procedure die als eis in de hoofdzaak bij deze procedures geldt (art. 704 lid 2 en 770b lid 2 Rv). Eindigt de hoofdzaak anders dan door toewijzing, dan vervalt ook het maritaal beslag. Bij het maritaal beslag gelden als hoofdzaak de procedure tot opheffing van de gemeenschap, de procedure tot scheiding van tafel en bed, dan wel de procedure tot echtscheiding (art. 769 lid 1 Rv). Hieruit volgt dat maritaal beslag na erfopvolging alleen mogelijk is als deze procedures door de erfgenamen kunnen worden voortgezet dan wel tegen de erfgenamen kunnen worden ingesteld. Om de vraag te beantwoorden of dit mogelijk is, zal ik eerst bespreken wat in het algemeen het gevolg is van het overlijden van één van de procespartijen voor de mogelijkheid om de procedure voort te zetten of alsnog in te stellen. Vervolgens pas ik dit toe op de procedure tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en opheffing van de gemeenschap.

Overlijden van procespartijen

640. Het lot van een procedure die reeds vóór het overlijden van een procespartij is begonnen, hangt af van het antwoord op de vraag wat het gevolg van het overlijden is voor het subjectieve recht dat met de procedure moet worden verwezenlijkt. Hetzelfde geldt voor de vraag of de procedure door of tegen de erfgenamen kan worden ingesteld. Bij de beantwoording van de vraag wat het gevolg is van het overlijden van een persoon voor een subjectief recht, moet onderscheid worden gemaakt tussen *vermogensrechtelijke* en *niet-vermogensrechtelijke* subjectieve rechten.

641. Bij vermogensrechtelijke subjectieve rechten geldt als hoofdregel dat het overlijden van één der partijen het subjectieve recht ongemoeid laat.⁶⁸⁵ De rechten en verplichtingen van de erflater gaan over op de erfgenamen op grond van art. 4:182 BW, de zogenoemde ‘saisine’. Op deze hoofdregel bestaan uiteraard uitzonderingen. Zo gaat bijvoorbeeld het recht op smartengeld niet over op de erfgenamen, tenzij de rechthebbende hierop reeds tijdens zijn leven aanspraak heeft gemaakt (art. 6:106 lid 2 BW). Voor niet-vermogensrechtelijke subjectieve rechten geldt in beginsel het omgekeerde. Deze rechten gaan niet over op de erfgenamen.⁶⁸⁶ Art. 4:182 BW is niet van toepassing. Ook deze regel kent

⁶⁸⁵ Vgl. Perrick 2002, nr. 341 en 342.

⁶⁸⁶ Vgl. Perrick 2002, nr. 341 en 342.

weer uitzonderingen. Zo gaat op grond van art. 1:201 BW het recht tot ontkenning van het vaderschap over op een afstammeling in de eerste graad.⁶⁸⁷

642. Het al dan niet met het overlijden van een partij tenietgaan van een subjectief recht bepaalt of een procedure ten aanzien van dat subjectieve recht tegen de erfgenamen kan worden begonnen of voortgezet, dan wel of de erfgenamen een dergelijke procedure kunnen beginnen of voortzetten. Is het subjectieve recht met het overlijden van de procespartij niet tenietgegaan en kan het door of tegen de erfgenamen van de procespartij geldend worden gemaakt, dan heeft de rechterlijke uitspraak voor of tegen hen dezelfde werking als deze uitspraak zou hebben voor of tegen de oorspronkelijke procespartij. Is het subjectieve recht wél tenietgegaan, dan moet onderscheid worden gemaakt tussen *condemnatoire*, *constitutieve* en *declaratoire* uitspraken. Een *condemnatoire* uitspraak kan niet tegen de erfgenamen van de overledene worden geëxecuteerd. Er kan dan een vergelijking worden gemaakt met de situatie dat het recht dat in een uitspraak ligt besloten niet bestaat of teniet is gegaan. Ook in die gevallen is executie niet mogelijk.⁶⁸⁸ Voor een *constitutieve* uitspraak geldt dat wijziging van een niet langer bestaande rechtsverhouding niet mogelijk is.⁶⁸⁹ Dit kan anders zijn als de wijziging terugwerkende kracht heeft.⁶⁹⁰ Een *declaratoire* uitspraak die een rechtsverhouding betreft die door het overlijden van een procespartij is tenietgegaan, heeft geen waarde (meer). Dit is anders als de uitspraak de situatie vast moet leggen zoals deze in het verleden heeft gegolden. Heeft de uitspraak geen werking voor of tegen de erfgenamen, dan eindigt een reeds ingestelde procedure met de niet-ontvankelijkheidsverklaring wegens gebrek aan belang van de procespartij die de procedure heeft ingesteld (art. 3:303 BW). Een nieuwe procedure kan ook niet meer worden ingesteld. Heeft de te verkrijgen uitspraak nog wel werking voor of tegen de erfgenamen, dan kan een reeds ingestelde procedure wel worden voortgezet of een nieuwe procedure worden ingesteld.⁶⁹¹

⁶⁸⁷ Zie ook art. 1:205 lid 5 en 207 lid 4. Zie voor andere voorbeelden Perrick 2002, nr. 341. Strikt genomen gaat het hier uiteraard niet om erfopvolging. De bevoegdheid gaat op de afstammeling over ongeacht het antwoord op de vraag of deze afstammeling ook erfgenaam is.

⁶⁸⁸ Al zullen de erfgenamen of de wederpartij zich hierop wel moeten beroepen in een op de voet van 438 Rv aan te spannen kort geding.

⁶⁸⁹ Vgl. HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63, m.nt. A.R. Bloembergen, waarin de Hoge Raad oordeelt dat na het overlijden van één der echtgenoten het huwelijk niet kan worden meer nietigverklaard (lees: kan worden vernietigd. Zie over de terminologie Nuytinck 2006, nr. 65).

⁶⁹⁰ Vgl. HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 376 (*Boon/Van der Laan*). In deze zaak was de context meer vermogensrechtelijk van aard.

⁶⁹¹ Voor de goede orde zij gewezen op de regeling van schorsing (art. 225 e.v. Rv), op grond waarvan bij het overlijden van een procespartij een dagvaardingsprocedure kan worden geschorst.

Toepassing op het maritaal beslag

643. Wat betekent dit alles nu voor een reeds vóór het overlijden van een (gewezen) echtgenoot gelegd maritaal beslag dan wel voor de mogelijkheid tot het leggen van maritaal beslag na het overlijden van een (gewezen) echtgenoot? Zoals gezegd, gelden de procedures tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en tot opheffing van de gemeenschap als hoofdzaak. Heeft een dergelijke procedure nu werking voor of tegen de erfgenamen van de overleden (gewezen) echtgenoot? Bij de beantwoording van deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen een procedure die reeds tot ontbinding van de gemeenschap heeft geleid en een nog lopende procedure die dit gevolg nog niet heeft teweeggebracht.

644. Is de gemeenschap reeds ontbonden door inschrijving van een onherroepelijke uitspraak in de registers van de burgerlijke stand of het huwelijksgoederenregister, dan doet de situatie van een zogenoemd posterieur maritaal beslag zich voor. Dit is de situatie dat de hoofdzaak al door toewijzing is geëindigd. In deze situatie behoudt een maritaal beslag zijn gelding en kunnen nieuwe beslagen worden gelegd.⁶⁹²

645. Is de procedure nog niet door toewijzing geëindigd en is de uitspraak nog niet ingeschreven in de desbetreffende registers, dan moet onderscheid worden gemaakt tussen de procedure tot echtscheiding en de procedure tot scheiding van tafel en bed enerzijds en de procedure tot opheffing van de gemeenschap anderzijds.

De echtscheidingsprocedure en de procedure tot scheiding van tafel en bed zijn procedures die in hoofdzaak een niet-vermogensrechtelijke aanspraak proberen te realiseren. Dit betekent dat deze procedures door de dood van één der echtgenoten eindigen en een eventueel verkregen beschikking niet meer kan worden geëxecuteerd. De in het kader van deze procedures gelegde maritale beslagen vervallen en nieuwe beslagen zijn niet meer mogelijk. De procedure tot opheffing van de gemeenschap bij beschikking dient om een louter vermogensrechtelijke aanspraak te realiseren. Deze procedure heeft bovendien terugwerkende kracht in die zin dat het ontbindingsmoment van de gemeenschap plaatsvindt op het moment waarop de indiening van het verzoek overeenkomstig art. 1:110 lid 1 BW is gepubliceerd (art. 1:111 lid 1 BW). Dit betekent dat een procedure die reeds is geëntameerd door de overleden echtgenoot, door of tegen zijn erfgenamen kan worden voortgezet. Hieruit volgt dat gelegde maritale beslagen hun werking behouden en dat nieuwe maritale beslagen kunnen worden gelegd.

⁶⁹² Zie nr. 841.

646. Na de inwerkingtreding van wetsvoorstel 28 867, gaat hetgeen geldt voor de opheffing van de gemeenschap bij beschikking ook gelden voor de procedure tot echtscheiding en scheiding van tafel en bed. Onder het nieuwe recht geldt voor het verzoek tot echtscheiding en het verzoek tot scheiding van tafel en bed hetzelfde als voor het verzoek tot opheffing van de gemeenschap: al deze verzoeken leiden tot ontbinding van de gemeenschap op het moment van indienen van dit verzoek (art. 1:99 lid 1, aanhef en onder b, c en d, BW). Art. 1:99 lid 3 BW bepaalt dat, wanneer duidelijk is dat een dergelijk verzoek niet meer tot toewijzing kan leiden, alle gevolgen van de gemeenschap herleven alsof er geen verzoek is ingediend. Dit is echter anders als zich in de tussentijd een andere grond voor ontbinding heeft voorgedaan. Een dergelijke ontbindingsgrond is het overlijden van één van de echtgenoten.⁶⁹³ Dit betekent dat, hoewel de procedure zelf niet meer kan worden voortgezet, *de facto* sprake is van een verzoek dat, althans voor zover het de gemeenschap betreft, is toegewezen. Hieruit volgt dat de situatie van posterieur beslag geldt en reeds gelegde beslagen hun werking behouden en het leggen van nieuwe beslagen mogelijk is.

4.4.4 Conclusie

647. Maritaal beslag kan na rechtsopvolging onder algemene titel worden gelegd. Rechtsopvolging op grond van boedelmenging levert geen bijzondere problemen op. Maritaal beslag na rechtsopvolging op grond van erfopvolging is alleen mogelijk als het verzoek dat als hoofdzaak moet worden aangemerkt, nog kan leiden tot ontbinding van de gemeenschap of daar al toe heeft geleid.

4.5 Rechtsopvolging onder bijzondere titel

648. Zojuist heb ik de vraag beantwoord of na rechtsopvolging onder algemene titel nog maritaal beslag kan worden gelegd en of reeds gelegde maritale beslagen vervallen. Dezelfde vraag kan worden gesteld wanneer één van de gewezen echtgenoten zijn aandeel in een gemeenschapsgoed of zijn aandeel in de gehele gemeenschap onder bijzondere titel heeft overgedragen. Tot het overdragen van een afzonderlijk aandeel in een goed is een gewezen echtgenoot zonder toestemming van de andere gewezen echtgenoot niet bevoegd (art. 3:190 lid 1 BW), zodat ik deze vorm van rechtsopvolging onder bijzondere titel hier verder buiten beschouwing laat. Tot het overdragen van zijn gehele aandeel in de gemeenschap is hij in beginsel wél bevoegd (art. 3:191 lid 1 BW).⁶⁹⁴ Voor zover

⁶⁹³ *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 24 en 25.

⁶⁹⁴ Volgens o.a. nr. 28, staat de uitzondering voorzien in art. 3:191, de rechtsbetrekking tussen de deelgenoten, in de weg aan de overdracht van een aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap. Ik waag te betwijfelen of dit standpunt juist is. Zoals ik onder nr. 652 nog zal uiteenzetten, is de overblijvende echtgenoot alleen maar gebaat bij deze overdracht.

ik kan nagaan is de figuur van overdracht van het gehele aandeel in een gemeenschap bijzonder zeldzaam. De beoordeling of degene die een aandeel in de gemeenschap krijgt overgedragen ook maritaal beslag kan leggen moet volgens dezelfde lijnen verlopen als de beoordeling of maritaal beslag kan worden gelegd door de rechtsopvolger onder algemene titel. Ook hier zal antwoord moeten worden gegeven op de vraag of het beslag voorziet in een reële behoefte, of het past in het stelsel van de wet en of er geen procesrechtelijk of beslagrechtelijke bezwaren zijn.

649. Dat een reële behoefte aan een dergelijk beslag bestaat, ligt hierbij minder voor de hand dan indien beslag wordt gelegd door of ten laste van de erfgenamen van een (gewezen) echtgenoot. Tussen de overblijvende echtgenoot en de overnemer hoeft niet een gespannen relatie te bestaan. Dit kan uiteraard wel het geval zijn. In dat geval bestaat een reële behoefte aan het beslag, aangezien als gevolg van de overdracht de bestuursverdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap blijft gelden en in de regel de feitelijke macht die de overblijvende echtgenoot en de overnemer kunnen uitoefenen niet verschilt van de feitelijke macht die beide echtgenoten vóór de overname konden uitoefenen.

650. Op het eerste gezicht kan worden betwijfeld of maritaal beslag door de overnemer past in het stelsel van de wet. De bewoordingen van de wet lijken te veel geweld gedaan te worden als de overnemer als echtgenoot wordt beschouwd. Deze eerste indruk is echter maar schijn. In het stelsel van art. 3:191 BW ligt juist besloten dat de positie van de overnemer op hoofdlijnen overeenkomt met de positie van de oorspronkelijke deelgenoot.⁶⁹⁵ Zo bezien past maritaal beslag door de overnemer wél in het stelsel van de wet. Daar komt bij dat niet kan worden aangenomen dat door de overdracht van een aandeel in de gemeenschap de overblijvende echtgenoot de mogelijkheid van maritaal beslag wordt ontnomen. De situatie waarin de overnemer geen en de overgebleven echtgenoot wél maritaal beslag kan leggen, staat op gespannen voet met het op grond van 6 EVRM geldende beginsel van *equality of arms*.

651. Maritaal beslag door de overgebleven echtgenoot of de overnemer stuit vervolgens niet op bezwaren. Een dergelijk maritaal beslag is alleen mogelijk als de scheidingsprocedure reeds is beëindigd. Dit houdt in dat sprake is van een posterieur maritaal beslag, zodat geen nieuwe eis in de hoofdzaak hoeft te worden ingesteld. Wel is het mogelijk dat de overname met zich meebrengt dat een eerder gelegd maritaal beslag moet worden opgeheven, aangezien de daaraan ten grondslag liggende vrees voor verduistering is komen te vervallen.

⁶⁹⁵ Zo leidt deze overname niet tot het ontstaan van een nieuwe gemeenschap en kan de gemeenschap nog steeds worden uitgewonnen voor gemeenschapsschulden; vgl. Perrick 2007, nr. 51.

652. Aan deze argumenten kan worden toegevoegd dat maritaal beslag na rechtsopvolging onder bijzondere titel ook vanuit maatschappelijk oogpunt bevredigend werkt. Zou de nieuwe deelgenoot zijn rechten op de gemeenschapsgoederen onvoldoende kunnen waarborgen, dan zou dit in de koopprijs worden verwerkt. Daarmee wordt het voor een gewezen echtgenoot minder aantrekkelijk om zijn aandeel in de gemeenschap te verkopen. Verkoop en overdracht van een aandeel in de gemeenschap is juist een manier om een geschil tussen twee gewezen echtgenoten te de-escaleren. Hieraan bestaat een duidelijk maatschappelijk belang. De overdracht van een aandeel in de gemeenschap is een manier voor de verkopende deelgenoot om zijn recht te verwezenlijken. Overdracht van een aandeel is ook in het belang van de overblijvende echtgenoot. De redelijkheid en billijkheid, die ook de inhoud van de verdelingsovereenkomst tussen hem en de nieuwe deelgenoot beheersen, zullen in het algemeen met zich meebrengen dat de oorspronkelijke deelgenoot een beter recht heeft op toedeling van de gemeenschapsgoederen. De oorspronkelijke deelgenoot hoeft dan de nieuwe deelgenoot alleen maar uit te kopen. Dat uitkopen kan hij financieren door naar eigen inzicht goederen van de gemeenschap te verkopen, of door geld te lenen waarbij deze goederen – na verdeling – als zekerheid kunnen functioneren.

4.6 *Ongehuwd samenwonenden*

653. Uit de tekst van art. 768 Rv blijkt dat maritaal beslag wél kan worden gelegd door echtgenoten en gewezen echtgenoten en niet door ongehuwd samenwonenden.⁶⁹⁶ Dit wordt nog eens bevestigd doordat art. 768 en 769 lid 1 Rv het verzoek tot opheffing van de gemeenschap, het verzoek tot scheiding van tafel en bed en het verzoek tot echtscheiding als hoofdzaak aanwijzen. Het is de vraag of dit onderscheid wel gerechtvaardigd is in het licht van de diverse mensenrechtelijke bepalingen. Globaal komen drie groepen van mensenrechten in beeld. Dit zijn:

1. het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, of *family life* (art. 17 IVBPR en art. 8 EVRM);
2. het recht op daadwerkelijke executie van een rechterlijke uitspraak (art. 6 EVRM) en het recht op (bescherming van het recht van) ongestoord genot van eigendom (art. 1 P1 EVRM en art. 13 EVRM); en
3. het recht op gelijke behandeling (art. 26 IVBPR, art. 14 EVRM en art. 1 P12 EVRM).⁶⁹⁷

⁶⁹⁶ Van der Lee 1997, p. 13. Wel wordt in de literatuur gepleit om ook ongehuwd samenwonenden het recht te geven om maritaal beslag te leggen (Van de Beld 2004, p. 106-109).

⁶⁹⁷ Deze mensenrechten worden deels ook door de grondwet beschermd. Zo bevat art. 1 Gw een discriminatieverbod en beschermt art. 10 Gw de persoonlijke levenssfeer. Art. 120

4.6.1 *Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en family life*

654. Het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is vastgelegd in art. 17 IVBPR en art. 8 EVRM. Beide artikelen garanderen onder andere het recht op eerbiediging van de relationele levenssfeer, dat wil zeggen het recht om de eigen relatie, binnen de grenzen van art. 17 IVBPR en art. 8 EVRM, op de wijze vorm te geven als men zelf goeddunkt.⁶⁹⁸ Deze artikelen houden niet alleen de verplichting voor de overheid in om zich van inbreuken in de persoonlijke levenssfeer te onthouden (negatieve verplichtingen), maar ook de verplichting om onder bepaalde omstandigheden maatregelen te nemen die het de burgers mogelijk te maken hun relatievrijheid te verwezenlijken (positieve verplichtingen). De verdragsstaten hebben hierbij echter een grote *margin of appreciation*. Zij zijn niet verplicht om voor ongehuwde samenwonenden een status in het leven te roepen die vergelijkbaar is met het huwelijk.⁶⁹⁹ Van een positieve verplichting is pas sprake als het recht op relatievrijheid zozeer wordt ingeperkt dat van een reële keuze geen sprake meer kan zijn.⁷⁰⁰ Het feit dat maritaal beslag voor ongehuwd samenwonenden niet mogelijk is, maakt het ongehuwd samenwonen (iets) minder aantrekkelijk. Dit wil echter niet zeggen dat van een reële keuze geen sprake meer is. Dit betekent dat samenwonenden het recht om maritaal beslag te leggen niet kunnen ontleenen aan art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR.

4.6.2 *Het recht op daadwerkelijke executie van een rechterlijke uitspraak en het recht op bescherming van het recht op het ongestoorde genot van eigendom*

655. Het recht van de echtgenoten om een evenredig deel te ontvangen van de huwelijksgemeenschap wordt in mensenrechtelijke zin beschermd door het recht op het ongestoorde genot van eigendom (art. 1 P1 EVRM) in verbinding met het recht op bescherming bij inbreuken op dit recht (art. 13 EVRM). Bovendien is het recht van de echtgenoten om een evenredig deel te ontvangen een burgerlijk recht. Dit betekent dat de echtgenoten bij de vaststelling van hun recht, dat wil zeggen bij een verdelingsgeschil, recht hebben op een eerlijk proces (art. 6 EVRM). Daarbij hoort ook het recht op daadwerkelijke executie van een rechterlijke uitspraak. Hieronder behandel ik deze twee aspecten.

Gw verbiedt echter de rechter om een wet aan de grondwet te toetsen. Ik laat de vraag of op basis van de Grondwet voor samenwonenden een recht bestaat om maritaal beslag te leggen hier dan ook buiten beschouwing.

⁶⁹⁸ Loenen 1994, p. 211 en 212.

⁶⁹⁹ Vgl. Schrama 2005, p. 120, met verwijzing naar: EHRM 18 december 1986 (*Johnston/Ierland*) en EHRM 26 januari 1999 (*Saucedo Gómez/Spainje (niet-ontvankelijkheid)*).

⁷⁰⁰ Schrama 2004, 233 en 234.

Maritaal beslag en art. 1 P1 EVRM jo. art. 13 EVRM

656. Het recht van ongestoord genot van eigendom⁷⁰¹ wordt beschermd door art. 1 P1 EVRM. Onder het begrip ‘eigendom’ valt ook gemeenschappelijk eigendom.⁷⁰² Daarbij geldt dat art. 1 P1 EVRM niet alleen van betekenis is in de verticale verhouding tussen de overheid en de burger, maar ook in de horizontale verhouding tussen burgers onderling.⁷⁰³ Op de Staat rust, mede op grond van art. 13 EVRM, de positieve verplichting om te voorzien in procedures waarin geschillen over eigendom tussen burgers op eerlijke en effectieve wijze kunnen worden beslecht.⁷⁰⁴ Wil een procedure effectief zijn, dan moet de rechter *ap-propritate relief* kunnen verschaffen.⁷⁰⁵ Dit betekent onder meer dat het rechtsmiddel dat de procedure biedt, zowel feitelijk als juridisch effectief moet zijn.⁷⁰⁶ Bovendien moet dit rechtsmiddel ook daadwerkelijk worden uitgevoerd.⁷⁰⁷

657. Toegepast op ongehuwd samenwonenden betekent dit dat een effectief rechtsmiddel beschikbaar moet zijn waarmee de ene ongehuwd samenwoner kan optreden tegen inbreuken op de gemeenschappelijke goederen door de ander. Een ongehuwd samenwoner is daarbij in hoofdzaak aangewezen op de mogelijkheid om een vordering ex art. 3:178 of 185 BW in te stellen. Het is de vraag of dit rechtsmiddel ook effectief is. Aangezien de samenwonenden geen maritaal beslag kunnen leggen is het denkbaar dat een samenwoner zich onvoldoende kan verweren tegen inbreuken door de ander op zijn rechten op de gemeenschappelijke goederen. Dat kan betekenen dat het vorderen van verdeling op zichzelf genomen niet een *effective remedy* in de zin van art. 13 EVRM is.

658. Toch zou ik willen aannemen dat in het algemeen niet kan worden gezegd dat de rechtsmiddelen die de Nederlandse wetgever ongehuwd samenwonenden biedt onvoldoende zijn. Het is vaste rechtspraak dat verdragsstaten enige vrijheid hebben in de wijze waarop zij voldoen aan de verplichting om een *effective remedy* te bieden.⁷⁰⁸ Aan deze verplichting kan ook worden voldaan door

⁷⁰¹ Art. 1 P1 EVRM spreekt in de Engelse tekst van *property* en *possessions* en in de Franse tekst van *biens en propriété*. Dit begrip moet verdragsautonoom worden uitgelegd en omvat meer dan het begrip ‘eigendom’ uit art. 5:1 BW. Zie EHRM 23 februari 1995 (*Gasus Dossier- und Fördertechnik/Nederland*), Haack 2004, p. 318 e.v., Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 56 e.v. en Ploeger 2005, p. 109 e.v. Waar ik hieronder spreek over ‘eigendom’, bedoel ik eigendom in de zin van art. 1 P1 EVRM.

⁷⁰² EHRM 28 oktober 1987 (*Inze/Oostenrijk*).

⁷⁰³ Vgl. EHRM 9 december 1994 (*James and others/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 25 juli 2002 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*), Haack 2004, p. 386.

⁷⁰⁴ EHRM 25 juli 2002 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*).

⁷⁰⁵ Zie o.a. EHRM 25 september 1996 (*Aksoy/Turkije*).

⁷⁰⁶ EHRM 7 april 2005 (*Jancikova/Oostenrijk*).

⁷⁰⁷ EHRM 26 oktober 2000 (*Hasan and Chaush/Bulgarije*).

⁷⁰⁸ Zie bijv. EHRM 15 november 1996 (*Chahal/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 29 januari 2002 (*A.B./Nederland*).

het aanbieden van meerdere rechtsmiddelen tezamen, zelfs als ieder rechtsmiddel afzonderlijk geen *effective remedy* biedt.⁷⁰⁹ Samenwonenden kunnen door middel van andere maatregelen hun rechten veilig stellen. Zo kunnen zij bijvoorbeeld om verzegeling verzoeken, gerechtelijke bewaring vorderen en vergoeding vorderen van de schade die ontstaat als één van de partners goederen aan de gemeenschap onttrekt. Bovendien kunnen zij ook schadevergoeding vorderen voor zover hun rechten door hun partner zijn aangetast en herstel niet meer mogelijk is.

Maritaal beslag en art. 6 EVRM

659. Art. 6 EVRM garandeert onder meer het recht op een eerlijk proces (*fair trial*) bij het vaststellen van burgerlijke rechten. Het verdelen van een gemeenschap geldt als het vaststellen van burgerlijke rechten. Het recht op een eerlijk proces houdt niet alleen het recht op een rechterlijke uitspraak waarin het recht wordt vastgesteld in, maar ook het recht op daadwerkelijke tenuitvoerlegging van die rechterlijke uitspraak.⁷¹⁰ In het bijzonder acht het EHRM niet aanvaardbaar dat de executie van een bindende rechterlijke einduitspraak door de wil van één van de partijen kan worden verhinderd.⁷¹¹

660. De rechtsregel dat van een schending van het recht op een eerlijk proces sprake is als een rechterlijke uitspraak niet ten uitvoer kan worden gelegd, is voor het eerst uitgesproken in het Hornsby-arrest.⁷¹² In deze zaak, en vele andere zaken waarin deze regel is herhaald, gaat het om de situatie waarin een burger procedeert tegen de overheid en de overheid vervolgens weigert gehoor te geven aan de rechterlijke uitspraak waarin de burger in het gelijk is gesteld. Dit staat, zoals het EHRM opmerkt, op gespannen voet met het beginsel van de *rule of law*. Het hof heeft deze regel nog niet herhaald in de verhouding tussen burgers onderling. Dit is ook niet vreemd: burgers hebben over het algemeen niet de mogelijkheid om een rechterlijke uitspraak naast zich neer te leggen. Burgers kunnen door hun optreden wél de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak illusoir maken; zo kunnen zij bijvoorbeeld vermogensbestanddelen verduisteren zodat executie onmogelijk wordt. Ook in deze situatie eist het beginsel van de *rule of law* dat rechterlijke uitspraken worden nageleefd. Wil van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM kunnen worden gesproken, dan moet het nationale rechtssysteem middelen bieden om een dergelijk handelen aan te

⁷⁰⁹ Cromheecke & Staelens 2004, p. 105 en daar aangehaalde rechtspraak.

⁷¹⁰ EHRM 19 maart 1997 (*Hornsby/Griekenland*).

⁷¹¹ 'However, that right (to a fair trial, MLT) would be illusory if a Contracting State's domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party.'; EHRM 19 maart 1997 (*Hornsby/Griekenland*).

⁷¹² EHRM 19 maart 1997 (*Hornsby/Griekenland*).

pakken. Voor zover het nationale recht niet in deze middelen voorziet, rust op de verdragstaten de verplichting om hun nationale recht aan te passen.

661. Toegepast op verdelingsgeschillen tussen ongehuwd samenwonenden betekent het voorgaande dat het ontbreken van de mogelijkheid om maritaal beslag te leggen een schending van art. 6 EVRM kan inhouden. Hiervan zal echter niet snel sprake zijn. Ook bij de vraag of conservatoire maatregelen openstaan, zal de Staat een zekere *margin of appreciation* hebben. Bovendien kunnen de samenwonenden ook hun rechten op andere manieren veilig stellen. Zo kunnen zij bijvoorbeeld om verzegeling vragen, gerechtelijke bewaring vorderen en/of schadevergoeding eisen voor zover de andere partner hun rechten onrechtmatig heeft beperkt.

4.6.3 *Het recht op gelijke behandeling*

662. De laatste groep van mensenrechtelijke bepalingen waarop samenwonenden hun recht om maritaal beslag te leggen kunnen baseren, is het recht op *gelijke behandeling*. Het is daarbij de vraag of het feit dat maritaal beslag slechts aan gehuwden wordt toegestaan niet een geval van ongeoorloofd onderscheid (discriminatie) vormt. Art. 26 IVBPR en art. 1 P12 EVRM verbieden de overheid om burgers te discrimineren. Daarnaast bevat art. 14 EVRM een onzelfstandig discriminatieverbod. Dit artikel verplicht de overheid om de rechten die in het EVRM zijn opgenomen te verzekeren zonder discriminatie op welke grond dan ook.⁷¹³ Voor schending van art. 14 EVRM is dus nodig dat de lidstaat zich bij het waarborgen van de rechten die door het EVRM worden gegarandeerd schuldig maakt aan discriminatie. Zoals hierboven is aangetoond, kan worden gezegd dat met de mogelijkheid tot het leggen van maritaal beslag twee grondrechten zijn gemoeid.⁷¹⁴ Deze grondrechten worden anders gewaarborgd voor samenwonenden dan voor gehuwden. Ook al kan het onthouden van het maritaal beslag aan samenwonenden op zich door de beugel, de ongelijke behandeling van samenwonenden en gehuwden kan aanleiding geven tot schending van art. 14 EVRM.⁷¹⁵ Hieronder ga ik daarom eerst in op de vraag of het onthouden van de mogelijkheid om maritaal beslag te leggen een schending van art. 14 EVRM vormt. Daarna ga ik in op art. 26 IVBPR en art. 1 P12 EVRM.

⁷¹³ Als voorbeelden noemt het artikel: geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen en geboorte.

⁷¹⁴ Zie nr. 655-661.

⁷¹⁵ Vgl. EHRM 23 juli 1968 (*Relating to certain aspects of the law on the use of languages in education in Belgium* ('*Belgische Taalzaak*')).

Schending van het non-discriminatiebeginsel op basis van art. 14 EVRM

663. Wil sprake zijn van discriminatie in de zin van art. 14 EVRM, dan moet aan drie voorwaarden zijn voldaan, te weten (a) een verschil in behandeling, (b) van vergelijkbare gevallen, terwijl (c) daarvoor geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.⁷¹⁶

A: verschil in behandeling

664. Dat sprake is van een verschil in behandeling is evident. Ongehuwd samenwonenden mogen geen maritaal beslag leggen, terwijl gehuwden en gewezen gehuwden dit wel mogen.

B: vergelijkbare gevallen

665. Vervolgens rijst de vraag of ongehuwd samenwonenden en gehuwden in dit geval voldoende vergelijkbaar zijn; met andere woorden: is er sprake van '*analogous or relevantly similar situations*'? Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden. Van groot belang is welke punten worden vergeleken. Wordt naar de juridische situatie gekeken, dan zal de conclusie al snel zijn dat het om verschillende gevallen gaat (in het ene geval om gehuwden en in het andere geval niet). Wordt echter naar de feitelijke situatie gekeken, dan bestaat meer ruimte voor de conclusie dat het om vergelijkbare gevallen gaat (in beide gevallen gaat het om samenwonen om affectieve redenen). Schrama schrijft in haar proefschrift dat de vraag op welke punten huwelijkse en niet-huwelijkse samenlevingsvormen worden vergeleken sterk afhankelijk is van het onderwerp van geschil. Zij maakt onderscheid tussen drie grondslagen voor de aanknopings van een wettelijke regeling bij een huwelijk.⁷¹⁷ Dit zijn:

1. aanknopings bij het huwelijk vanwege de bijzondere status van het huwelijk als wettelijk getypeerd instituut (statusgevolgen);
2. aanknopings bij het huwelijk als species van het genus samenlevingsvorm tussen twee personen op basis van een affectieve relatie, waarbij allerlei vermogensverschuivingen optreden en waarbij een bepaalde financiële verantwoordelijkheid voor elkaar wordt genomen;
3. aanknopings bij het huwelijk als species van het genus relatie waarbij sterke emotionele banden tussen de betrokkenen bestaan.

Bij rechtsgevolgen uit de eerste categorie overheerst de juridische blik. Bij deze categorie zal betrekkelijk snel de conclusie kunnen worden getrokken dat er geen sprake is van relevante gelijkheid en dat er dus ook geen sprake is van dis-

⁷¹⁶ Goedertier 2004, p. 153 e.v.

⁷¹⁷ Schrama 2004, p. 264.

criminatie. Bij rechtsgevolgen uit de tweede en derde categorie zal meer moeten worden gekeken naar de feitelijke aspecten en is meer ruimte voor de conclusie dat er sprake is van relevante gelijke situaties. Is er sprake van een verschil in behandeling, dan behoeft dit verschil in behandeling een legitimatie. Ontbreekt een legitimatie, dan is sprake van verboden discriminatie.

666. Schrama laat zich niet uit over de vraag in welke categorie het maritaal beslag valt. Zij schrijft wel dat bij de beantwoording van de vraag tot welke categorie een regeling behoort de ratio van de regeling en de ratio van het onderscheid van belang zijn.⁷¹⁸

De ratio van de regeling van het maritaal beslag is af te leiden uit de feiten waartegen het maritaal beslag bescherming biedt. In het systeem van de Lex Hartogh bood het maritaal beslag voornamelijk bescherming tegen de handelingsonbevoegdheid van de gehuwde vrouw en de maritale macht van de man. Sinds de Lex Van Oven biedt het maritaal beslag voornamelijk bescherming tegen de bijzondere bestuursverdeling die geldt tussen de echtgenoten. Het arrest Concordiastraat 15 en de latere codificatie daarvan hebben echter duidelijk gemaakt dat de legitimatie voor maritaal beslag óók kan worden gevonden in de situatie die ontstaat na ontbinding van de gemeenschap, namelijk als tussen de echtgenoten enkel een ontbonden huwelijksgemeenschap, dat wil zeggen een liquidatiegemeenschap, bestaat. Met deze laatste wijziging van het maritaal beslag is de ratio voor de regel dat maritaal beslag uitsluitend openstaat voor (gewezen) echtgenoten grotendeels komen te vervallen. De ontbonden huwelijksgemeenschap verschilt immers enkel op ondergeschikte punten van de eenvoudige gemeenschap. Daarbij komt dat de gemeenschap die tussen ongehuwd samenwonenden bestaat, moet worden gekwalificeerd als een overgangsgemeenschap. Een gemeenschap bovendien die sterke kenmerken van een bijzondere gemeenschap of een liquidatiegemeenschap vertoont. Hiermee wordt het verschil tussen beide gemeenschappen nog kleiner.

667. In de regel bestaat er wel een verschil in omvang tussen beide gemeenschappen. De aanzuigende werking van de (wettelijke) huwelijksgemeenschap is groter dan die van een gemeenschap tussen samenwonenden. De aanzuigende werking van een huwelijksgemeenschap kan echter sterk worden ingeperkt, terwijl de aanzuigende werking van een gemeenschap tussen samenwonenden sterk kan worden uitgebreid. Bij een beperkte huwelijksgemeenschap kan wél maritaal beslag worden gelegd,⁷¹⁹ bij een uitgebreide gemeenschap tussen samenwonenden niet. De conclusie moet dan ook zijn dat bij de beëindiging van hun relatie de samenwonenden (met een uitgebreide gemeenschap) wat betreft de be-

⁷¹⁸ Schrama 2004, 274.

⁷¹⁹ Van der Lee 1997, p. 12 en Van Mierlo 2002, art. 768, aant. 2.

hoeft aan maritaal beslag zich bevinden in een positie die vergelijkbaar is met die waarin gewezen echtgenoten (met een beperkte gemeenschap) zich bevinden.

C: een rechtvaardigingsgrond

668. Nu vaststaat dat samenwonenden en gewezen echtgenoten zich in vergelijkbare situaties bevinden maar ongelijk worden behandeld, moet de vraag worden beantwoord of voor deze ongelijke behandeling een rechtvaardigingsgrond bestaat. Voor het bestaan van een rechtvaardigingsgrond is allereerst van belang of de Staat een legitiem doel nastreeft. Vervolgens moet worden onderzocht of het onderscheid al dan niet van belang is voor het bereiken van het doel. Ten slotte moet worden gezien of aan het proportionaliteitscriterium wordt voldaan.⁷²⁰

669. Uit de parlementaire stukken wordt niet duidelijk welk doel Nederland nastreeft met het gemaakte onderscheid. In de deze stukken wordt niet ingegaan op de vraag waarom de mogelijkheid van maritaal beslag niet wordt geopend voor ongehuwd samenwonenden. Dit onderscheid lijkt slechts historisch verklaarbaar. Hiermee staat wellicht schending van art. 14 EVRM vast, aangezien het EVRM meermaals heeft geoordeeld dat het uitblijven van een verklaring voor een onderscheid een schending van art. 14 EVRM doet vaststaan.⁷²¹

670. Als rechtvaardiging voor het onderscheid zouden kunnen worden genoemd het beschermen van het traditionele huwelijk,⁷²² de keuzevrijheid van partijen en de noodzaak van een helder onderscheid. De eerste verklaring, het beschermen van het traditionele huwelijk, lijkt van deze verklaringen het minst steekhoudend. Ten eerste gaat het bij maritaal beslag vrijwel altijd om de afwikkeling van een huwelijk. Op dat moment is er weinig meer om te beschermen. Ten tweede stelt Nederland zich in beginsel neutraal op ten opzichte van de keuze van personen om hun relatie al dan niet in de vorm van een huwelijk te formaliseren. Deze verklaring klinkt dan ook hol.⁷²³

671. De keuzevrijheid van partijen zou het onderscheid in de mogelijkheid van het leggen van maritaal beslag tussen gehuwden en ongehuwden kunnen

⁷²⁰ Goedertier 2004, p. 170 e.v.

⁷²¹ Vgl. EHRM 23 oktober 1990 (*Darby/Zweden*) en EHRM 29 oktober 1991 (*Pine Valley Developments/Ierland*).

⁷²² In de Marckx-zaak oordeelde het Hof dat het beschermen en stimuleren van het traditionele gezin een legitiem doel is (EHRM 13 juni 1979 (*Marckx/België*)). Vgl. ook: EHRM 18 december 1986 (*Johnston/Ierland*) en EHRM 26 januari 1999 (*Saucedo Gómez/Spanje* (*niet-ontvankelijkheid*)).

⁷²³ Het door de Staat aangehaalde doel mag geen geveinsd doel zijn; zie Goedertier 2004, p. 172.

rechtvaardigen.⁷²⁴ Ongehuwd samenwonenden hebben in meer of mindere mate bewust gekozen voor de niet-huwelijkse samenlevingsvorm en moeten hiervan de gevolgen dragen. Dit argument wordt door het EHRM in sommige zaken gebruikt. Een voorbeeld hiervan is de zaak Saucedo Gómez.⁷²⁵ In deze zaak ging het om een samenleven tussen mevrouw Saucedo Gómez met ene A.R. Zij woonden in elk geval sinds 1974 met elkaar samen. Een huwelijk was op dat moment voor hen niet mogelijk, aangezien Saucedo Gómez reeds was getrouwd en echtscheiding destijds in Spanje niet mogelijk was. Sinds 1980 leefden zij samen in een woning die toebehoorde aan A.R. In 1992, na het beëindigen van de relatie met A.R., verzocht Saucedo Gómez de Spaanse rechter om het gebruik van de woning aan haar toe te wijzen. Zij baseerde zich daarbij op art. 96 van het Spaanse Burgerlijk Wetboek, dat een dergelijk recht voor echtgenoten kende. De Spaanse rechter weigerde echter deze regeling toe te passen en oordeelde verder dat Saucedo Gómez ook geen behoefte had aan een dergelijke bescherming. Dit oordeel vormde voor Saucedo Gómez reden om een klacht in te dienen bij het EHRM. Zij beriep zich op een ongerechtvaardigd onderscheid tussen de bescherming van het *family life* van een ongehuwd stel enerzijds en gehuwden anderzijds (art. 8 jo. art. 13 EVRM). Het EHRM verklaarde Saucedo Gómez niet-ontvankelijk. In zijn uitspraak kende het hof gewicht toe aan het feit dat Saucedo Gómez geen stappen had ondernomen om echtscheiding aan te vragen toen dat in 1981 in Spanje mogelijk was geworden.

672. Het hof hanteert hier het zogenoemde keuzeargument. De logica van dit argument is aantrekkelijk, maar te brede acceptatie van dit argument zou elk verschil in behandeling tussen huwelijkse en niet-huwelijkse samenlevingsvormen rechtvaardigen. Dit argument wordt door het hof dan ook niet in alle gevallen geaccepteerd.⁷²⁶ In de literatuur wordt wel opgemerkt dat naarmate de belangen die op het spel staan zwaarder wegen, het hof eerder een schending constateert.⁷²⁷ In de zaak Saucedo Gómez zal zeker hebben meegespeeld dat na het einde van de relatie er weinig *family life* overbleef om te beschermen. Dit blijkt ook wel als het hof erop wijst dat de Spaanse rechter van oordeel was dat voor Saucedo Gómez geen behoefte bestond voor een met art. 96 vergelijkbare bescherming. De belangen die met het maritaal beslag worden gediend wegen mijns inziens betrekkelijk zwaar. Maritaal beslag beschermt het eigendomsrecht van de beslaglegger en het recht op daadwerkelijke executie van een rechterlijke uitspraak. Daarbij komt dat inbreuk op deze rechten over het algemeen weder-

⁷²⁴ EHRM 26 januari 1999 (*Saucedo Gómez/Spanje (niet-ontvankelijkheid)*). Zie ook Schrama 2005, p. 120 en De Boer in zijn noot onder HR (Strafkamer) 31 mei 2005, *NJ* 2005, 531, m.nt. J. de Boer.

⁷²⁵ EHRM 26 januari 1999 (*Saucedo Gómez/Spanje (niet-ontvankelijkheid)*).

⁷²⁶ Als voorbeeld kan dienen EHRM 13 juni 1979 (*Marckx/België*).

⁷²⁷ Cromheecke & Staelens 2004, p. 111 e.v.

rechtelijk is. Met andere woorden: maritaal beslag beschermt tevens het beginsel van de *rule of law*. Dit pleit tegen de toepassing van het keuzeargument.

673. De noodzaak van een helder onderscheid is een laatste reden die wordt gebruikt om het verschil in behandeling tussen gehuwden en ongehuwden te rechtvaardigen. Zo heeft de Hoge Raad dit argument gebruikt om de verschillen in het kader van het procesrecht tussen gehuwden en ongehuwd samenwonenden te rechtvaardigen.⁷²⁸ Zo komt thans gehuwden op grond van art. 165 lid 2 Rv een verschoningsrecht toe, dit in tegenstelling tot ongehuwd samenwonenden. De voorloper van art. 165 lid 2 Rv, art. 1947 (oud) BW, kende een dergelijk onderscheid. In plaats van een verschoningsrecht aan echtgenoten toe te kennen bepaalde het artikel dat echtgenoten onbekwaam waren om tegen hun partner te getuigen. Naar aanleiding van een beroep op art. 1947 (oud) BW door een ongehuwde persoon, oordeelde de Hoge Raad dat het onderscheid dat aan art. 1947 (oud) Rv ten grondslag lag, werd gerechtvaardigd door:

‘de eisen van scherpheid die in het burgerlijk proces gesteld mogen worden aan de criteria voor het al of niet toelaten als getuige. Die vereiste scherpheid ontbreekt niet aan het criterium van *het gehuwd* zijn, wel aan dat van het duurzaam samenwonen.’⁷²⁹

De Hoge Raad heeft deze lijn doorgezet in het kader van art. 217 Rv, de strafrechtelijke pendant van art. 165 lid 2 Rv. Ook dit artikel verleent echtgenoten een verschoningsrecht. Dit verschoningsrecht komt in de ogen van de Hoge Raad niet toe aan duurzaam samenwonenden, nu het feit dat duurzaam samenwonenden geen beroep op dit verschoningsrecht kunnen doen geen schending van art. 8 EVRM (Family life) oplevert omdat het onderscheid wordt gerechtvaardigd:

‘in aanmerking genomen dat de toekenning van een verschoningsrecht aan gehuwde en geregistreerde partners een uitzondering is op de wettelijke plicht om getuigenis af te leggen en deze het belang van de waarheidsvinding doet wijken voor de belangen van de bedoelde relaties, terwijl met de wettelijke regeling aan de uitzondering een duidelijke en werkbare begrenzing is gegeven, waarmee de rechtszekerheid is gediend.’⁷³⁰

Het verschil tussen beide uitspraken is dat de Hoge Raad in de tweede uitspraak naast het belang van een heldere keuze zijn oordeel tevens baseert op het feit dat het verschoningsrecht een uitzondering vormt op een regel die een fundamenteel maatschappelijk belang moet dienen, namelijk de waarheidsvinding in strafzaken. Tegen de achtergrond van een zodanig fundamenteel belang moet wel een helder onderscheid worden gemaakt.

⁷²⁸ HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 513 (*Ubachs/Schils*) en HR (Strafkamer) 31 mei 2005, *NJ* 2005, 531, m.nt. J. de Boer.

⁷²⁹ HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 513 (*Ubachs/Schils*).

⁷³⁰ HR (Strafkamer) 31 mei 2005, *NJ* 2005, 531, m.nt. J. de Boer.

674. Is het nu zo dat de noodzaak van een heldere keuze (de rechtszekerheid) rechtvaardigt dat ongehuwd samenwonenden geen maritaal beslag kunnen leggen? Het lijkt mij dat dit niet het geval is. Het onderscheid is geen doel op zich. Het argument dat soms nu eenmaal onderscheid moet worden gemaakt komt erop neer dat zonder een dergelijk onderscheid gevallen onder de regel zouden worden gebracht die om praktische of juridische redenen buiten het bereik van de regel moeten blijven. Toegepast op het maritale beslag voor ongehuwd samenwonenden komt het argument erop neer dat de categorie ongehuwd samenwonenden te divers is of dat te moeilijk te bewijzen dat dit samenwonen inderdaad (op affectieve gronden) heeft plaatsgevonden.

675. Deze stelling overtuigt niet. Ten eerste is de categorie samenwonenden voor wie het maritaal beslag zou moeten worden toegestaan niet divers. Het gaat om die samenwonenden die op affectieve gronden hebben samengewoond en waartussen een gemeenschap bestaat. Dat samenwonenden tot deze groep behoren is over het algemeen eenvoudig aan te tonen. Dat partijen hebben samengewoond, zal vaak eenvoudig te bewijzen zijn. Dat een gemeenschap bestaat, kan moeilijker te bewijzen zijn, maar dit probleem kan zich ook bij echtgenoten voordoen. Naast de huwelijksgemeenschap hebben de echtgenoten vrijwel altijd privévermogen. Op goederen die tot dit vermogen behoren kan geen maritaal beslag worden gelegd. Het feit dat bij een huwelijk zowel goederen bestaan die niet kunnen worden beslagen als goederen die wél kunnen worden beslagen is geen doorslaggevend argument geweest om maritaal beslag bij een huwelijk niet toe te staan. Het feit dat het samenwonen op affectieve gronden heeft plaatsgevonden, zal soms moeilijker te bewijzen zijn, hoewel het in de meeste gevallen geen problemen zal opleveren. De omstandigheden van het geval zullen vaak voor zich spreken. Voor zover men van oordeel zou zijn dat de groep samenwonenden te divers is, dan geldt dit in elk geval niet voor de samenwonenden met een (notarieel) samenlevingscontract.⁷³¹

Bij deze afweging moet bovendien worden betrokken dat een ten onrechte gelegd maritaal beslag op eenvoudige wijze kan worden opgeheven (art. 705 Rv) en dat de beslaglegger risicoaansprakelijk is voor de gevolgen van een ten onrechte gelegd beslag.⁷³²

Discriminatie in strijd met art. 26 IVBPR en art. 1 P12 EVRM

676. De vraag of sprake is van discriminatie op grond van art. 26 IVBPR en art. 1 P12 EVRM behoeft na het voorgaande geen uitgebreide behandeling meer.

⁷³¹ Een dergelijk onderscheid is in de jurisprudentie niet onbekend. Zie bijv. CRvB 13 november 1986, AB 1987, 456, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (*Samenwonende militair*).

⁷³² HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

De beoordeling van deze vraag loopt gelijk met de beoordeling van de vraag of sprake is van op grond van art. 14 EVRM verboden discriminatie, maar hier is het niet zozeer nodig om vast te stellen dat grondrechten op ongelijke wijze worden gewaarborgd. Wel moet worden opgemerkt dat in het kader van art. 26 IVBPR meer gewicht wordt toegekend aan het keuzeargument.⁷³³

4.7 Conclusie

677. Maritaal beslag kan worden gelegd door echtgenoten en gewezen echtgenoten. Onder dit begrip vallen niet alleen echtgenoten en gewezen echtgenoten, maar ook de partners in een huwelijk dat blootstaat aan nietigverklaring en de erfgenamen van echtgenoten. Onder dit begrip vallen echter niet ongehuwd samenwonenden en de partners in een non-existent huwelijk. De uitsluiting van de mogelijkheid van beslag door ongehuwd samenwonenden vormt evenwel een schending op van het discriminatieverbod van art. 14 EVRM.

⁷³³ Comité voor de Rechten van de Mens van de VN 9 april 1987, RSV 1988, 201 (*Danning*).

VI. DE BESLAGENE EN DE OVERIGE DEELGENOTEN

1 Inleiding

678. In dit hoofdstuk behandel ik de vraag wie bij een deelgenotenbeslag als beslagene geldt. Daarnaast onderzoek ik in dit hoofdstuk de positie van die deelgenoten die noch als beslagene worden aangemerkt noch als beslaglegger optreden. Hun positie laat zich beschrijven aan de hand van een tweetal subvragen: ten eerste de vraag wat in het algemeen de positie is van een dergelijke deelgenoot. Ten tweede de vraag wanneer een dergelijke deelgenoot moet worden aangemerkt als derde-beslagene. Meer algemeen geformuleerd: wanneer kan en/of moet een deelgenoot als derde-beslagene gelden? Hiermee kom ik op de drie onderzoeksvragen die ik in dit hoofdstuk zal beantwoorden:

1. Wie moet bij het leggen van een verdelingsbeslag worden aangemerkt als beslagene?
2. Wat is de positie van deelgenoten die noch als beslaglegger, noch als beslagene moeten worden aangemerkt?
3. Wanneer kan en/of moet een deelgenoot als derde-beslagene gelden?

Voordat ik op deze drie vragen inga, kom ik eerst te spreken over de te gebruiken terminologie en besteed ik aandacht aan de vraag naar het belang van de vaststelling wie als beslagene heeft te gelden (2). Voor de beantwoording van de zojuist geformuleerde onderzoeksvragen, zijn art. 734 en 769 Rv van groot belang. Deze artikelen bepalen dat de voorschriften die gelden voor een verhaalsbeslag van overeenkomstige toepassing zijn op een verdelingsbeslag. Hieruit vloeit voort dat mijn onderzoeksvragen in beginsel voor het verdelingsbeslag op gemeenschapsgoederen niet anders moeten worden beantwoord voor het verdelingsbeslag op gemeenschapsgoederen dan voor een verhaalsbeslag op die goederen. Daarom zal ik deze vragen eerst voor het verhaalsbeslag beantwoorden. Daarbij maak ik onderscheid tussen enerzijds verhaalsbeslag op een goed behorende tot een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap (3) en anderzijds verhaalsbeslag op een goed behorende tot een gemeenschap van een personenvennootschap (4). Deze gemeenschappen vormen namelijk het schoolvoorbeeld van de twee manieren waarop een gemeenschapsschuld kan ontstaan; te weten op basis van een op machtiging gebaseerde bestuursverdeling, of op basis van een op volmacht gebaseerde bestuursverdeling. De wijze waarop een gemeenschapsschuld ontstaat, werkt door in de wijze waarop voor deze schuld verhaal moet worden genomen. Na het behandelen van de onderzoeksvragen voor het verhaalsbeslag op een goed dat behoort tot een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap en voor een goed dat behoort tot de gemeenschap van een personenven-

nootschap, ga ik nader in op de beide verdelingsbeslagen (5 en 6). Ik sluit af met een conclusie (7).

2 Terminologie en belang

2.1 Terminologie

679. Ten aanzien van de te gebruiken terminologie valt het volgende op te merken. In het beslagrecht wordt vaak gesproken van de *geëxecuteerde*.⁷³⁴ Dit is in beginsel de persoon tegen wie een executoriale titel is verkregen en tegen wie de executie wordt ingesteld. Naast de term ‘geëxecuteerde’ wordt ook de term ‘beslagene’ gebruikt, en wel op twee manieren. Ten eerste wordt hiermee bedoeld degene ten laste van wie *conservatoir beslag* is, wordt of zal worden gelegd.⁷³⁵ In beginsel is de term ‘beslagene’ synoniem met de term ‘geëxecuteerde’. Het verschil is dat het, waar het gaat om een conservatoir beslag, niet zeker is dat het tot executie zal komen. Het gebruik van het woord ‘geëxecuteerde’ zou dus minder op zijn plaats zijn. Ten tweede wordt de term ‘beslagene’ gebruikt in combinatie met het woord ‘derde’ om de derde-beslagene aan te duiden.⁷³⁶ In dit geval zou het woord ‘geëxecuteerde’ in het geheel niet op zijn plaats zijn. Bij een derdenbeslag wordt de derde-beslagene weliswaar getroffen door de gevolgen van het beslag, maar hier vindt geen executie te zijner laste (i.e. *tegen hem*) plaats.

680. Deze terminologie moet niet worden verward met de vraag *onder wie* beslag wordt gelegd. Deze vraag is alleen relevant bij roerende zaken niet registergoederen. Bij deze goederen is het relevant waar de goederen zich bevinden. Bevinden zij zich onder de schuldenaar, dan kunnen zij onder hem in beslag worden genomen (art. 439 e.v. Rv). Bevinden zij zich onder de schuldeiser, dan kan deze de goederen onder zichzelf in beslag nemen (art. 479h e.v. Rv). Bevinden de goederen zich onder een derde, dan kunnen zij onder deze derde in beslag worden genomen (art. 475 e.v. Rv). Bij andere goederen dan roerende zaken niet registergoederen bestaat deze keuze niet. Voor deze goederen schrijft de wet steeds dwingend de beslagvorm voor. Bij vorderingen is dit het derdenbeslag (art. 475 e.v. Rv). Bij onroerende zaken is dat het beslag op onroerende zaken (art. 502 e.v. Rv). Bij schepen en luchtvaartuigen is dit het beslag op een schip (art. 562a e.v. Rv), respectievelijk op een luchtvaartuig (art. 584a e.v. Rv).

⁷³⁴ Het woord ‘geëxecuteerde’ komt maar liefst in 70 artikelen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor. Zie onder andere: art. 431a, 438 lid 5, 440 lid 1, 443 lid 1, 444 lid 2, 444a lid 1 en 4, 444b lid 2 en 3, 445, 447, 448, 449, 451 lid 1, 458 lid 2, 459 Rv.

⁷³⁵ In deze betekenis komt het woord onder andere voor in art. 497 lid 3, 701, 702 lid 2, 704 lid 1, 706, 709 lid 3, 731, 736 lid 1, 858 lid 2, 860 lid 2, 1019c lid 2 en 1019d lid 3 Rv.

⁷³⁶ In deze betekenis komt het woord onder andere voor in art. 475 lid 2, 476, 476a lid 2, 477, 477a, 477b, 478, 479e lid 1, 479f, en 479g Rv.

2.2 *Belang*

681. Het belang van de vraag wie de beslagene/geëxecuteerde is, is tweeledig. Ten eerste schrijft het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bij alle beslagen voor dat ten aanzien van de beslagene/geëxecuteerde een aantal vormvoorschriften in acht moet worden genomen. Zijn deze vormvoorschriften niet in acht genomen, dan komt het beslag niet tot stand, of staat het aan nietigverklaring bloot. Als voorbeeld kan het beslag op roerende zaken die zich onder de schuldenaar bevinden (art. 439 e.v. Rv) dienen. Naast het feit dat dit beslag – net als alle executoriale beslagen – altijd moet worden voorafgegaan door het betekenen van de executoriale titel aan de persoon tegen wie de executie zich zal richten (art. 430 lid 3 Rv), moet het ook worden voorafgegaan door een bevel tot betaling (art. 439 Rv). Het beslag op roerende zaken komt, blijkens de wettekst, tot stand door een exploit van de deurwaarder (art. 440 Rv).⁷³⁷ Dit exploit moet in beginsel worden betekend aan de geëxecuteerde.⁷³⁸ Vervolgens moet een proces-verbaal worden opgemaakt waarin de in beslag genomen zaken meer in het bijzonder worden beschreven (art. 443 Rv). Dit proces-verbaal moet binnen drie dagen aan de geëxecuteerde worden betekend. Wordt één van deze vormvoorschriften niet nageleefd, dan is het beslag in beginsel nietig.⁷³⁹

⁷³⁷ Anders: Rueb 2005, p. 334, die lijkt te suggereren dat het beslag pas tot stand komt door het proces-verbaal van art. 443 Rv waarbij de deurwaarder overgaat tot een meer bijzondere aanduiding van de zaken die hij in beslag neemt. Opvallend is dat Rueb in zijn opsomming van de gang van zaken bij het beslag op roerende goederen het exploit van art. 440 Rv niet noemt. Ook Nijenhuis 2007, p. 150 lijkt de opvatting voor te staan dat het beslag tot stand komt door het opmaken van het proces-verbaal van art. 443 Rv. Hij schrijft dat de stelling dat het beslag ‘pas’ tot stand komt door betekening als ‘apert onjuist’. Kennelijk is het standpunt van Nijenhuis ingegeven door de praktijk waarin het niet ongebruikelijk is om het proces-verbaal op te maken voor het betekenen van het beslagexploot en tegelijkertijd met het beslagexploot te betekenen. Niet uit te sluiten is dat hij ervan uitgaat dat het beslag reeds door het opmaken van het proces-verbaal tot stand komt. Uit de memorie van toelichting bij art. 443 Rv (MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 110) blijkt echter dat de wetgever ervan uitgaat dat het beslag door het beslagexploot tot stand komt. In de memorie wordt opgemerkt dat in de praktijk het proces-verbaal tegelijkertijd met het beslagexploot wordt betekend. Opgemerkt wordt dat deze handelwijze soms niet mogelijk is. In dat geval zal, aldus de memorie, ‘eerst in algemene bewoordingen beslag kunnen worden gelegd en de betekening van het proces-verbaal naderhand kunnen volgen’. Met het in algemene woorden beslag leggen kan de memorie niets anders bedoelen dan het betekenen van het beslagexploot, waarin de in beslag te nemen zaken slechts met algemene bewoordingen worden aangeduid. Dit sluit aan bij de opmerking in de memorie van toelichting bij art. 440 Rv dat ‘[d]e wijze waarop op de onderscheiden groepen van goederen beslag moet worden gelegd, (...) zoveel mogelijk gelijk [is] geformuleerd’; zie MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 106.

⁷³⁸ Van Oven 2001, p. 161, Oudelaar 2000, p. 76.

⁷³⁹ Zij het dat, zolang de rechter de nietigheid van het exploit niet uitspreekt, het exploit als geldig wordt aangemerkt; zie MvT, Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht, p. 217. Art. 66 en 438 Rv bieden de mogelijkheid aan de nietigheids sanctie te ontkomen.

682. De vraag wie als beslagene/geëxecuteerde moet worden aangemerkt, is ook van belang voor de vraag welke beslagvorm moet worden gekozen. Roerende zaken niet-registergoederen kunnen op drie manieren in beslag worden genomen. Ten eerste door middel van een beslag onder de schuldenaar (art. 439 e.v. Rv). Ten tweede door middel van een beslag onder een derde (art. 475 e.v. Rv). Ten derde door middel van een beslag onder de schuldeiser zelf (art. 479h e.v. Rv). Voor de beantwoording van de vraag wie derde is, en daarmee de vraag of derdenbeslag mogelijk is, moet eerst de vraag worden beantwoord wie de geëxecuteerde is.

3 Verhaalsbeslag bij de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap

683. In deze paragraaf zal ik de aan het begin van dit hoofdstuk geformuleerde onderzoeksvragen beantwoorden in het kader van het verhaalsbeslag op goederen van de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap. Daarbij gaat het om de vraag welke echtgenoot als beslagene/geëxecuteerde geldt, wat de positie is van de andere echtgenoot en wanneer een echtgenoot als derde-beslagene geldt. Ter beantwoording van de eerste vraag behandel ik om te beginnen het arrest Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven⁷⁴⁰ (3.1). In dit arrest spreekt de Hoge Raad zich uit over de vraag wie als geëxecuteerde moet worden aangemerkt als verhaal wordt genomen op de goederen van een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap voor een schuld van één van de echtgenoten. Vervolgens onderzoek ik of de opvatting van de Hoge Raad overeenkomt met het systeem van het beslagrecht (3.2). Zoals zal blijken, ben ik dit niet het geval is. Daarom ga ik na of voor deze afwijking van het systeem een verklaring is te vinden (3.3). Vervolgens behandel ik de algemene positie van de echtgenoot-niet-geëxecuteerde/niet-beslagene (3.4). Ten slotte beantwoord ik de vraag wanneer de echtgenoot-niet-geëxecuteerde/niet-beslagene als derde-beslagene moet worden aangemerkt (3.5).

3.1 Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven

684. De casus die aan het arrest Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven ten grondslag ligt, komt kort gezegd op het volgende neer: Colle (de man) en Van Schoonhoven (de vrouw) zijn gehuwd in een wettelijke gemeenschap van goederen. Tot deze gemeenschap behoort een bankrekening. Deze rekening staat op naam van Van Schoonhoven. Colle heeft een belastingschuld die op de huwelijksgemeenschap kan worden verhaald (art. 1:95 of 96 BW).⁷⁴¹ Ten behoeve van dit verhaal heeft de Ontvanger jegens Colle een dwangbevel uitgevaardigd.

⁷⁴⁰ HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 130 (*Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven*). Zie over dit arrest Broekveldt 2003, nr. 531, Van Hees 1999, Kraan 1999, p. 8-9 en Jongbloed 2003, p. 24-28.

⁷⁴¹ In deze zaak wordt niet duidelijk of de schuld in de gemeenschap is gevallen.

Hiermee heeft de Ontvanger zichzelf een executoriale titel jegens Colle verschafte.⁷⁴² Op grond van deze titel heeft de Ontvanger vervolgens ten laste van Colle onder de bank executoriaal derdenbeslag gelegd. Ten slotte heeft de Ontvanger de bank op de voet van art. 479 (oud) Rv gedagvaard om verklaring te doen, waarop de bank heeft verklaard niets aan Colle schuldig te zijn. Nu het beslag niet (mede) ten laste van Van Schoonhoven is gelegd, stelt de bank dat zij niet gehouden is om te verklaren wat zij aan Van Schoonhoven is verschuldigd. Rechtbank en hof zijn van mening dat deze verplichting inderdaad niet op de bank rust.

685. Tegen dit oordeel gaat de Ontvanger in cassatie. De Hoge Raad geeft de klacht van de Ontvanger als volgt weer:

‘Het middel (...) betoogt (...) dat het hof heeft miskend dat er geen beslag “ten laste van” de vrouw kan worden gelegd omdat zij rechtens geen schuldenaar is met betrekking tot de onderhavige fiscale schuld van de man.

Het middel stelt hiermee de vraag aan de orde ten laste van welke echtgenoot een derdenbeslag onder een bank moet worden gelegd op een alleen op naam van de vrouw staande bankrekening voor een vordering van de schuldeiser op de man als schuldenaar in een geval waarin de man en de vrouw in algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd.’

De Hoge Raad geeft voor deze situatie een duidelijke regel:

‘In die situatie moet derdenbeslag ten laste van de vrouw worden gelegd, omdat de vrouw de geëxecuteerde of beslagene is. Zij is immers degene op wier naam de bankrekening is gesteld en die aldus in een contractuele verhouding tot de bank staat, terwijl hetgeen zij uit die verhouding van de bank heeft te vorderen onder haar bestuur staat zoals volgt uit het bepaalde in art. 1:97 lid 1 BW. Dat de vrouw zelf geen schuldenaar is met betrekking tot de vordering waarvoor beslag wordt gelegd, staat niet eraan in de weg dat beslag wordt gelegd ten laste van de vrouw op tot de gemeenschap behorende goederen die op haar naam staan. Als beslagene kan de vrouw voor haar belangen opkomen, bijvoorbeeld wanneer beslag zou zijn gelegd op privégoederen die buiten de gemeenschap vallen. Bovendien kan de vrouw als rekeninghoudster bij de bank de nodige inlichtingen aan de bank verschaffen omtrent haar huwelijksvermogensregime.’

De Hoge Raad voegt hier nog aan toe dat

‘(...) wanneer de beslaglegger in onzekerheid verkeert op wiens naam de bankrekening staat, hij derdenbeslag kan leggen ten laste van beide echtgenoten, evenals in het geval dat de bankrekening op naam van beide echtgenoten staat.’

Met dit oordeel volgt de Hoge Raad in hoofdlijnen het standpunt van rechtbank en hof. Volgens de Hoge Raad bepaalt het bestuur van het beslagen goed ten laste van welke echtgenoot beslag moet worden gelegd, zij het dat de Hoge Raad de mogelijkheid open laat dat het beslag ten laste van beide echtgenoten wordt

⁷⁴² Vgl. art. 14 IW 1990.

gelegd in het geval dat de beslaglegger in onzekerheid verkeert over de vraag onder wiens bestuur het in beslag te nemen goed staat.

3.2 *Het systeem van het beslagrecht*

686. Het is de vraag of het door de Hoge Raad voorgestane stelsel van beslaglegging overeenstemt met het systeem van het beslagrecht. Met het oog op de beantwoording van deze vraag, ga ik eerst in op de dubbelrol van de geëxecuteerde/beslagene in het beslagrecht (3.2.1) en vervolgens op de vraag welke rol van de geëxecuteerde doorslaggevend moet zijn (3.2.2).

3.2.1 *De dubbelrol van de geëxecuteerde/beslagene*

687. De geëxecuteerde speelt in het beslagrecht een dubbelrol. Hij speelt zowel een procesrechtelijke als een materieelrechtelijke rol.

688. Wat betreft de procesrechtelijke rol die de geëxecuteerde speelt geldt dat de executie een voortzetting is van de procedure waarin de executorialle titel is verkregen. Het is voor de geëxecuteerde van belang om te weten *dat* de procedure wordt voortgezet en *hoe* de procedure wordt voortgezet. Dit wordt gegarandeerd doordat het beslagrecht op tal van plaatsen voorschrijft dat executiehandelingen aan de geëxecuteerde moeten worden betekend.

689. De tweede rol van de geëxecuteerde is meer materieelrechtelijk van aard. In de regel is de geëxecuteerde rechthebbende van het te executeren goed. Door de executie dreigt hij dit goed te verliezen. De geëxecuteerde heeft dan ook in beginsel het recht om zich tegen deze executie te verzetten. Vanuit deze optiek heeft de geëxecuteerde er alle belang bij om te weten dat een hem toebehorend goed zal worden geëxecuteerd. De voorschriften die betekening aan de geëxecuteerde voorschrijven, garanderen dat deze op de hoogte wordt gesteld van de op handen zijnde executie, zodat hij zich tijdig tegen de executie kan verzetten.

690. Betreft het een conservatoir beslag, dan geldt voor de beslagene in wezen hetzelfde. Hierbij is de processuele rol van de beslagene uiteraard niet gelegen in het feit dat conservatoir beslag de eindfase van de procedure vormt. In plaats daarvan is de processuele rol van de beslagene gelegen in het feit dat conservatoir beslag een onderdeel, in de regel de voorfase, van een procedure vormt. Waar het de materieelrechtelijke rol van de geëxecuteerde betreft, geldt dat de geëxecuteerde niet alleen een goed dreigt te verliezen, maar ook dat hij tot die tijd niet over dit goed kan beschikken.

3.2.2 De hoofdrol van de geëxecuteerde/beslagene

691. Bij beslag op een gemeenschapsgoed is het mogelijk dat de procesrechtelijke en de materieelrechtelijke rol van de geëxecuteerde worden gescheiden. In de casus die aan het arrest Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven ten grondslag lag, was dit ook het geval. De procesrechtelijke rol werd vervuld door de man. Deze was immers schuldenaar. Tegen hem was de executoriale titel verkregen. De materieelrechtelijke rol werd gespeeld door de vrouw. Zij voerde het bestuur over de bankrekening; zij lijkt naar buiten toe rechthebbende van de vordering te zijn en aan haar komen de bevoegdheden van de rechthebbende toe. De Hoge Raad heeft ervoor gekozen om de materieelrechtelijke rol als hoofdrol te bestempelen. Het is de vraag of deze keuze in overeenstemming is met het systeem van het beslagrecht.

692. Ter beantwoording van deze vraag, wil ik eerst bezien welke oplossing het beslagrecht kiest in een andere situatie waarin de processuele rol en de materieelrechtelijke rol van de geëxecuteerde/beslagene van elkaar worden gescheiden. Ik denk daarbij aan het geval waarin een schuldeiser zich kan verhalen op een goed dat aan een ander dan de schuldenaar toebehoort, bijvoorbeeld de huurder die een door hem gehuurde auto door een garage laat repareren. De garagehouder heeft, op voorwaarde dat de huurder bevoegd was de auto ter reparatie aan te bieden, een retentierecht dat hij ook kan invoeren tegen de eigenaar van de auto. De garage kan zich, mits voorzien van een executoriale titel, desgewenst ook op de auto verhalen (art. 3:290, 291 en 292 BW). Een ander geval waarin iets dergelijks zich kan voordoen betreft het geval waarin de Ontvanger gebruik maakt van zijn bodemrecht en een goed dat zich bevindt op de bodem van de belastingschuldige uitwint (art. 22 IW 1990). In deze situatie kan, zo heb ik al in hoofdstuk I⁷⁴³ uiteengezet, executie plaatsvinden op basis van een executoriale titel ten laste van de schuldenaar. Vraag daarbij is wie als geëxecuteerde moet worden aangemerkt. Voor de beantwoording van deze vraag zijn de tekst en toelichting bij art. 435 lid 2 en 3 Rv relevant.⁷⁴⁴ Deze artikelliden regelen het beslag op goederen die aan een ander dan de schuldenaar toebehoren. Art. 435 lid 2 en 3 Rv maken daarbij onderscheid tussen twee situaties. Art. 435 lid 2 Rv regelt de situatie dat beslag wordt gelegd *ten laste van* een ander dan de schuldenaar, met andere woorden: beslag waarbij de ander als geëxecuteerde geldt. Art. 435 lid 3 Rv regelt de situatie waarin beslag wordt gelegd *ten laste van* de schuldenaar, met andere woorden: beslag waarbij de schuldenaar als geëxecuteerde geldt. Uit de memorie van toelichting wordt duidelijk wanneer de rechthebbende als geëxecuteerde moet worden aangemerkt. Dit is het geval indien het beslag wordt gelegd ten laste van de rechthebbende, dat wil zeggen:

⁷⁴³ Nr. 66 e.v.

⁷⁴⁴ Vgl. ook art. 708 Rv dat een vergelijkbare bepaling bevat.

‘uit hoofde van een executoriale titel waarbij deze⁷⁴⁵ is veroordeeld om de executie “te gehengen en te gedogen”’.⁷⁴⁶

De schuldenaar moet als geëxecuteerde worden aangemerkt als het beslag ten laste van hem wordt gelegd, met andere woorden: als het beslag wordt gelegd uit hoofde van een executoriale titel waarin de schuldenaar wordt veroordeeld tot betaling.⁷⁴⁷ Uit deze memorie van toelichting blijkt dat de procesrechtelijke rol van de geëxecuteerde als hoofdrol heeft te gelden, zelfs als het te executeren goed niet aan hem toebehoort. Met andere woorden: de geëxecuteerde is degene tegen wie de executoriale titel luidt.

693. Aangezien art. 435 lid 2 en 3 Rv ook een conservatoire pendant hebben in art. 708 Rv, geldt het bovenstaande mutatis mutandis ook voor het conservatoire beslagrecht. In dat geval geldt de persoon tegen wie de eis in de hoofdzaak (art. 700 lid 3 Rv) is of wordt ingesteld als beslagene.

694. Het bovenstaande wil niet zeggen dat de belangen van de rechthebbende van een goed dat dreigt te worden uitgewonnen voor een schuld van een ander dan de rechthebbende niet door het beslagrecht worden gewaarborgd. Die belangen worden gewaarborgd door de betekeningsregeling van art. 435 lid 3 en 708 lid 2 Rv. Deze artikelen regelen dat het beslag op een goed dat niet aan de schuldenaar toebehoort en dat wordt gelegd ten laste van de schuldenaar, ook wordt betekend aan de rechthebbende van het goed.⁷⁴⁸

Toepassing op het beslag op een gemeenschapsgoed voor een schuld van één der echtgenoten

695. Het voorgaande betekent dat het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven niet overeenstemt met het algemene beslagrecht. In de casus die aan het arrest ten grondslag ligt, lopen de procesrechtelijke en de materieelrechtelijke rol van de geëxecuteerde uiteen. De materieelrechtelijke rol komt toe aan degene die naar buiten toe de positie van rechthebbende van het goed heeft, de bestuursbevoegde echtgenoot; Van Schoonhoven. De procesrechtelijke rol wordt gespeeld door degene tegen wie een executoriale titel is verkregen; Colle. De Hoge Raad laat de materieelrechtelijke rol, die van mevrouw Van Schoonhoven, prevaleren. Daarmee wijkt de Hoge Raad af van het uitgangspunt dat indien de processuele en de materieelrechtelijke rol van de geëxecuteerde uiteenlopen, de processuele rol van de geëxecuteerde

⁷⁴⁵ Bedoeld wordt een ander dan de schuldenaar.

⁷⁴⁶ MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 91. De term ‘gehengen en gedogen’ is in art. 435 lid 3 Rv vervangen door het minder archaïsche ‘dulden’; zie MvA II Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 92.

⁷⁴⁷ VV II Inv en MvA II Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 92.

⁷⁴⁸ Zie verder 713-718.

doorslaggevend is. Had de Hoge Raad dit uitgangspunt gehanteerd, dan had Colle als geëxecuteerde moeten gelden, hetgeen betekent dat de vormvoorschriften die voor het beslag gelden ten aanzien van hem en niet ten aanzien van Van Schoonhoven moeten worden nageleefd.

3.3 *Argumenten voor afwijking*

696. De Hoge Raad kiest dus bij het beslag op een goed dat behoort tot een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap voor een systeem dat afwijkt van het gewone beslagrecht. Het is de vraag of voor deze afwijking een verklaring bestaat. De Hoge Raad lijkt zich niet te realiseren dat hij afwijkt. Hij geeft voor zijn oplossing wel vier argumenten. Zoals gezegd behelst de casus een geval waarin voor een schuld van de man beslag wordt gelegd op een bankrekening die op naam staat van de vrouw. De Hoge Raad oordeelt hierover (nummering door mij toegevoegd, MLT):

‘In die situatie moet derdenbeslag ten laste van de vrouw worden gelegd, omdat de vrouw de geëxecuteerde of beslagene is. (1) Zij is immers degene op wier naam de bankrekening is gesteld en die aldus in een contractuele verhouding tot de bank staat, terwijl (2) hetgeen zij uit die verhouding van de bank heeft te vorderen onder haar bestuur staat zoals volgt uit het bepaalde in art. 1:97 lid 1 BW. Dat de vrouw zelf geen schuldenaar is met betrekking tot de vordering waarvoor beslag wordt gelegd, staat niet eraan in de weg dat beslag wordt gelegd ten laste van de vrouw op tot de gemeenschap behorende goederen die op haar naam staan. (3) Als beslagene kan de vrouw voor haar belangen opkomen, bijvoorbeeld wanneer beslag zou zijn gelegd op privégoederen die buiten de gemeenschap vallen. (4) Bovendien kan de vrouw als rekeninghoudster bij de bank de nodige inlichtingen aan de bank verschaffen om trent haar huwelijksvermogensregime.’

De argumenten 1, 2 en 4 zou ik gezamenlijk willen behandelen (3.3.1). Deze argumenten hebben alleen betrekking op het feit dat derdenbeslag wordt gelegd op een bankrekening. Dit brengt met zich mee dat rekening moet worden gehouden met de positie van de derde (de bank). Argument 3 ziet op de positie van de echtgenoot-niet-schuldenaar. Deze positie behandel ik in de paragraaf 3.4.

3.3.1 *De relatie tussen de vrouw en de bank; het specifieke karakter van het derdenbeslag*

697. De Ontvanger heeft ervoor gekozen om *ten laste van de man* beslag te leggen onder de bank. Rechtbank, hof en Hoge Raad oordelen dat dit beslag de bankrekening die op naam staat van de vrouw niet heeft getroffen. Dit moet mijns inziens worden verklaard uit het bijzondere karakter van het derdenbeslag, waarbij niet alleen de geëxecuteerde is betrokken, maar ook de derde-beslagene. Stelregel is dat de derde-beslagene niet in een slechtere positie mag komen dan

waarin hij stond tegenover de geëxecuteerde.⁷⁴⁹ Dit heeft gevolgen voor de eisen van duidelijkheid die aan het beslagexploot moeten worden gesteld.

698. Daarbij moet worden bedacht dat bij een derdenbeslag de vermelding van de naam van de geëxecuteerde van groot belang is. Deze vermelding bepaalt namelijk de aanvankelijke omvang van het beslag.⁷⁵⁰ Dit volgt uit art. 475 Rv. Dit artikel bepaalt dat beslag kan worden gelegd op:

‘vorderingen die *de geëxecuteerde*⁷⁵¹ op derden mocht hebben of uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding rechtstreeks zal verkrijgen, en op hem toebehorende roerende zaken die onder derden mochten berusten en geen registergoederen zijn (...).’

De bewoordingen van een beslagexploot zullen in beginsel op deze bepaling aansluiten. Neem het geval waarin voor een schuld van B aan A door A derdenbeslag wordt gelegd op een vordering die B op C heeft. Het beslagexploot zal dan vermelden dat beslag wordt gelegd op:

‘alle gelden, goederen en/of geldswaarden, die C van voormelde B onder zich heeft en/of aan B verschuldigd is en/of uit een reeds bestaande rechtsverhouding zal verkrijgen en/of uit een reeds bestaande rechtsverhouding verschuldigd zal worden, (...)’⁷⁵²

Deze formulering volstaat om de derde (C) duidelijk te maken op welke vordering beslag is gelegd.

699. Stel nu dat A zich ook kan verhalen op een vordering die aan een ander dan B toebehoort. Bijvoorbeeld de vordering die D op E heeft.⁷⁵³ In dat geval moet de formulering van het beslagexploot worden aangepast. Legt A ter verwezenlijking van zijn verhaalsrecht beslag op deze vordering, dan kan B in het beslagexploot niet straffeloos als geëxecuteerde worden vermeld. Het beslagexploot zou dan vermelden dat beslag wordt gelegd:

‘op alle gelden, goederen en/of geldswaarden, die E van voormelde B onder zich heeft en/of aan B verschuldigd is (...)’

⁷⁴⁹ HR 30 november 2001, *NJ* 2002, 419, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2002, 276, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*De Jong/Carnifour*) en HR 29 oktober 2004, *NJ* 2006, 203, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2005, 846, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Van den Bergh/Van der Walle*). Zie over het beginsel dat de derde-beslagene als gevolg van het derdenbeslag niet in een slechtere positie mag komen te verkeren dan waarin hij stond tegenover de geëxecuteerde Broekveldt 2003, p. 368 e.v., die in dit verband spreekt over de *non peius*-regel.

⁷⁵⁰ Uit het arrest HR 21 januari 2005, *NJ* 2006, 310, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2005, 361, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Vlaanderen*) blijkt dat de omvang van het beslag nader wordt bepaald door de verklaring van de derde-beslagene en het antwoord op de vraag of deze verklaring wordt betwist.

⁷⁵¹ Mijn cursivering, MLT.

⁷⁵² Falkena 2008, model IV.2.2.2.1.

⁷⁵³ Dit kan bijv. het geval zijn op grond van art. 3:287 lid 2 BW.

Aldus geformuleerd, treft het beslag geen doel. E zal namelijk in de veronderstelling komen te verkeren dat, aangezien hij niets aan B is verschuldigd, in het geheel geen goederen onder het beslag vallen. Aangezien de derde-beslagene door het derdenbeslag niet slechter mag worden, kan van hem niet worden geëist dat hij onderzoekt of een vordering die een niet nader genoemde schuldeiser op hem heeft, kan worden uitgewonnen voor een schuld aan de beslaglegger en in de tussentijd betaling van al zijn opeisbare schulden aan al zijn crediteuren opschort.

700. Dit is niet anders in het geval waarin derdenbeslag wordt gelegd op basis van een executoriale titel tegen de man op een vordering die behoort tot een huwelijksgemeenschap en die onder het bestuur van de vrouw staat. Wordt in het beslagexploot de naam van de man als geëxecuteerde vermeld, dan treft dit beslag geen doel. Dit volgt uit de aard en omvang van het door de derde beslagene te verrichten onderzoek. In de casus van het arrest Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven zou het aannemen van een onderzoeksplicht erop neerkomen dat de bank moet onderzoeken of één van haar rekeninghouders wellicht is getrouwd met de, in het beslagexploot als geëxecuteerde vermelde, Colle. Vervolgens zou de bank moeten onderzoeken of tussen haar rekeninghouder en de in het beslagexploot genoemde Colle een huwelijksgemeenschap bestaat die de genoemde bankrekening omvat. Aangezien de derde-beslagene niet slechter mag worden van het derdenbeslag, bestaat geen ruimte voor het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht. Mijns inziens moet het oordeel van de Hoge Raad hieruit worden verklaard.⁷⁵⁴

701. Dit betekent echter niet dat, gelijk de Hoge Raad aanneemt, bij derdenbeslag op een goed dat behoort tot een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap moet worden gekozen voor het leggen van beslag ten laste van de echtgenoot die het bestuur voert over de in beslag te nemen goederen. Het komt aan op het voldoende duidelijk redigeren van het beslagexploot, meer in het bijzonder het in het beslagexploot vermelden van het feit dat het beslag tevens wordt gelegd op alle tot de huwelijksgemeenschap behorende goederen die de derde-beslagene van de echtgenoot van de schuldenaar onder zich mocht hebben. Dit zal ik toelichten aan de hand van twee voorbeelden.

702. Het eerste voorbeeld is een variatie op de casus die aan het arrest Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven ten grondslag ligt. Stel dat de Ontvanger ervoor had gekozen om verhaal te nemen op tot de huwelijksgemeenschap behorende auto die onder het bestuur van de man staat. De vrouw heeft echter (met toestemming van de man) deze auto naar de garage gebracht. Wil de Ontvanger

⁷⁵⁴ Dit blijkt ook uit het feit dat in het incidentele cassatiemiddel wordt betoogd dat bij een dergelijk beslag een uittreksel uit het huwelijksgoederenregister moet worden overlegd.

zich op de auto verhalen, dan kan de Ontvanger derdenbeslag leggen onder de garagehouder. De Ontvanger kan hier echter niet aanknopen bij het bestuur van de auto. Het leggen van een derdenbeslag op alles dat de garagehouder aan de man verschuldigd is, of van hem onder zich heeft, zal door de garagehouder niet worden begrepen als een beslag op de auto. Immers, in de ogen van de garagehouder heeft hij niets van de man, maar slechts iets van de vrouw onder zich. De Ontvanger kan dit probleem eenvoudig voorkomen door het beslagexploot voldoende duidelijk te redigeren, aldus dat wordt vermeld dat het beslag tevens strekt tot verhaal op alle goederen die behoren tot de huwelijksgemeenschap van Colle en Van Schoonhoven.

703. Het tweede voorbeeld kan in de overwegingen van de Hoge Raad nog geen rol hebben gespeeld. Op 1 oktober 2004 is de stille cessie in het Nederlandse recht geherintroduceerd.⁷⁵⁵ Met ingang van deze datum kan zich de volgende situatie voordoen: A is schuldeiser van B, ten behoeve van het verhaal van deze vordering heeft A een executoriale titel verkregen ten laste van B. A kan zich derhalve op het vermogen van B verhalen. Tot dit vermogen behoort een vordering die B heeft op C. Deze vordering heeft B verkregen op grond van een stille cessie door D. Op deze vordering kan A derdenbeslag leggen. Dit beslag moet hij leggen onder C. Zou A in het beslagexploot B als geëxecuteerde vermelden, dan treft het beslag geen doel. Immers, C verkeert in de veronderstelling dat hij een bedrag verschuldigd is aan D. A kan D echter ook niet aanduiden als de geëxecuteerde. Immers, D is noch de rechthebbende van de vordering, noch de persoon tegen wie A een executoriale titel heeft verkregen. De oplossing is het voldoende duidelijk redigeren van het beslagexploot, zodat het voor C duidelijk is dat hetgeen hij aan D schuldig denkt te zijn behoort tot het vermogen van B.

704. Uit deze beide voorbeelden blijkt dat het aankomt op het voldoende duidelijk redigeren van het beslagexploot. De schuldeiser zal in het beslagexploot duidelijk moeten maken dat niet alleen wordt beoogd beslag te leggen op vorderingen op naam van de echtgenoot-schuldenaar, maar ook op vorderingen op naam van de (met naam genoemde) echtgenoot-niet-schuldenaar met wie de echtgenoot-schuldenaar in gemeenschap van goederen is gehuwd, uiteraard voor zover de vorderingen in kwestie in de huwelijksgemeenschap vallen. De bank kan vervolgens van de echtgenoot-niet-schuldenaar verlangen dat deze inlichtingen geeft over de vraag of de rekening in de huwelijksgemeenschap valt.

705. Mijn opvatting stemt in zoverre overeen met de opvatting van de Hoge Raad dat zowel in de opvatting van de Hoge Raad als in die van mij de beslagdebiteur duidelijk wordt gemaakt welke vordering onder het beslag valt. Het

⁷⁵⁵ *Stb.* 2004, 314.

verschil is dat ik een andere persoon als geëxecuteerde aanwijs, hetgeen betekent dat ten opzichte van deze persoon de beslagformaliteiten in acht moeten worden genomen die ten opzichte van de geëxecuteerde gelden. Zo moet in mijn optiek het beslagexploot aan Colle en niet aan Van Schoonhoven worden betekend. Voordeel van de door mij voorgestane opvatting is dat deze overal toepasbaar is en dat op deze manier ook andere onduidelijkheden worden vermeden. Zo eist art. 475 lid 1, aanhef en onder c, Rv dat in de (executoriale) titel wordt vermeld uit hoofde waarvan het beslag wordt gelegd en opgave wordt gedaan van hetgeen de geëxecuteerde, in mijn voorbeeld B, aan de executant krachtens deze titel verschuldigd is. Wordt het beslagexploot niet duidelijk geredigeerd, dan zal de door art. 475 lid 1, aanhef en onder c, Rv geëiste vermelding de derde-beslagene mogelijk in verdere verwarring brengen. Immers, wordt in het beslagexploot een ander vermeld dan de persoon tegen wie de executoriale titel is verkregen, dan zal het de derde-beslagene onduidelijk zijn of aan de eisen van art. 475 Rv is voldaan. Gaat het om een conservatoir derdenbeslag, dan geldt iets dergelijks voor het naleven van het voorschrift dat na het verkrijgen van de executoriale titel op basis waarvan het beslag overgaat in een executoriale titel deze executoriale titel aan de derde-beslagene moet worden betekend (art. 704 lid 1 Rv). Dit klemmt des te meer aangezien het uitblijven van deze betekening kan leiden tot het verval van het beslag (art. 722 Rv) en de afgifteplicht voor de derde-beslagene niet geldt voordat deze betekening heeft plaatsgevonden en er vervolgens vier weken zijn verstreken (art. 477 jo. art. 723 Rv).

3.4 De positie van de echtgenoot-niet-geëxecuteerde

706. Hierboven heb ik de stelling verdedigd dat ten aanzien van het beslag op de goederen van de huwelijksgemeenschap het systeem van het beslagrecht moet worden gevolgd. Dit houdt in dat beslag moet worden gelegd ten laste van de echtgenoot tegen wie een executoriale titel is verkregen. Voor zover deze handelwijze tot onduidelijkheden bij de derde-beslagene zou kunnen leiden, moeten deze onduidelijkheden worden voorkomen door het voldoende duidelijk redigeren van het beslagexploot. Dit laat de vraag naar de processuele positie van de echtgenoot-niet-geëxecuteerde/beslagene open. Mag deze echtgenoot zich tegen de executie verzetten (3.4.1)? En, zo ja, hoe komt deze echtgenoot dan op de hoogte van de op handen zijnde executie (3.4.2)?

3.4.1 Mag de echtgenoot-niet-geëxecuteerde zich tegen de executie van een gemeenschapsgoed verzetten?

707. Bij de beantwoording van de vraag of en, zo ja, wanneer de echtgenoot-niet-geëxecuteerde het recht heeft om zich tegen de executie van een gemeenschapsgoed te verzetten, is het de vraag of bij het bestuur van het te executeren goed moet worden aangeknoopt.

708. Verdedigd kan worden dat de bevoegdheid van verzet tegen de executie van een goed een bevoegdheid is die aan het goed is verbonden. Dit houdt in dat alleen de bestuursbevoegde echtgenoot zich tegen de executie mag verzetten. Wordt beslag gelegd op een goed dat onder het bestuur van de echtgenoot-geëxecuteerde staat, dan kan in deze opvatting noch de echtgenoot-geëxecuteerde noch de andere echtgenoot zich tegen de executie verzetten. De niet-bestuursbevoegde echtgenoot ontbeert op grond van het in de huwelijksgemeenschap geldende privatieve bestuur de bevoegdheid om zich tegen de executie te verzetten. De andere echtgenoot is in beginsel bevoegd om zich tegen de executie te verzetten, maar is op grond van de executoriale titel gehouden om mee te werken aan de executie. Dit is alleen anders wanneer de executant – kort gezegd – misbruik maakt van zijn executiebevoegdheid (art. 3:13 jo. art. 15 BW).⁷⁵⁶ Wordt beslag gelegd op de goederen die onder het bestuur van de echtgenoot-niet-geëxecuteerde staan, dan is deze echtgenoot niet gebonden aan de executoriale titel die tegen de andere echtgenoot is verkregen. Dit betekent dat hij de executie niet hoeft te dulden en de bevoegdheid heeft om zich tegen de executie te verzetten zonder dat hij daarbij is gebonden aan de ‘gewone’ beperking dat verzet tegen de executie alleen mogelijk is als de executant misbruik van bevoegdheid maakt.⁷⁵⁷ Wel kan deze echtgenoot op grond van een afzonderlijke executoriale titel gehouden zijn de executie te dulden.

709. Dat de bevoegdheid om zich tegen de executie te verzetten een bevoegdheid is die aan een goed is verbonden, valt moeilijk te ontkennen. Daarmee is evenwel nog niet gezegd dat dús deze bevoegdheid alleen door de bestuursbevoegde echtgenoot kan worden uitgeoefend. Het is namelijk de vraag of deze bevoegdheid wel wordt bestreken door het regime van art. 1:90 lid 2 jo. art. 97 BW. Zoals in hoofdstuk I⁷⁵⁸ is vastgesteld, moet de wettelijke bestuursverdeling worden gezien als een neerslag van de bevoegdheidsverdeling die de echtgenoten in de meeste gevallen zouden zijn overeengekomen als zij hierover zouden hebben onderhandeld. Het komt mij voor dat de echtgenoten deze bevoegdheid niet zouden overlaten aan de echtgenoot die anderszins bestuursbevoegd is. Ik zou willen aannemen dat de echtgenoten deze bevoegdheid cumulatief zouden verdelen.

710. In de rechtspraak en het beslagrecht zijn meerdere aanwijzingen te vinden die deze opvatting ondersteunen. Zo heeft de Hoge Raad in het arrest Van

⁷⁵⁶ Vgl. HR 22 april 1983, *NJ* 1984, 145, m.nt. W.H. Heemskerk (*Ritzen/Hoekstra*). Vgl. ook Oudelaar 2001, p. 83 e.v.

⁷⁵⁷ Vgl. HR 11 juli 2003, *NJ* 2004, 570, m.nt. H.J. Snijders (*Van Kaam/Kantorengemeenschap*).

⁷⁵⁸ Zie nr. 33.

Kaam/Kantorengemeenschap⁷⁵⁹ geoordeeld dat de vrouw die zich verzet tegen het verhaal op de goederen van de huwelijksgemeenschap voor een vordering van de man, ruime bevoegdheden heeft om staking of schorsing van de executie te bewerkstelligen. Volgens de Hoge Raad is de vrouw hierbij niet gebonden aan de beperking dat verzet tegen de executie alleen mogelijk is in geval van misbruik van recht. De Hoge Raad maakt hierbij geen onderscheid tussen verhaal op de goederen die onder het bestuur van de man staan en goederen die onder het bestuur van de vrouw staan.

711. Wat het beslagrecht betreft kan worden gewezen op art. 456 en 438 Rv. Art. 456 Rv bepaalt met zoveel woorden dat als een goed *geheel of gedeeltelijk* aan een ander toebehoort, deze ander zich tegen de executie kan verzetten. Blijkens art. 438 lid 5 Rv kan ook een derde zich tegen executie verzetten. De Hoge Raad heeft in het kader van het derdenverzet (art. 376 e.v. Rv) meermalen geoordeeld dat de echtgenoot-niet-schuldenaar moet worden beschouwd als een derde.⁷⁶⁰ Me dunkt dat hetzelfde valt aan te nemen in het kader van art. 438 lid 5 Rv en dat de echtgenoot-niet-geëxecuteerde ook in het kader van die bepaling moet worden beschouwd als derde.⁷⁶¹

712. Ik ben daarom van mening dat de bevoegdheid van verzet tegen de executie van een gemeenschappelijke goed niet wordt beheerst door art. 1:90 lid 2 jo. art. 97 BW, maar dat deze bevoegdheid cumulatief is verdeeld. Dit wil zeggen dat in beginsel beide echtgenoten bevoegd zijn om zich tegen de executie te verzetten. De echtgenoot-geëxecuteerde is daarbij gebonden aan de executoriale titel en dus aan de beperking dat verzet tegen de executie alleen mogelijk is in geval van misbruik van executiebevoegdheid. De andere echtgenoot is niet aan de executoriale titel, en daarmee niet aan deze beperking, gebonden en kan zich tegen de executie verzetten ongeacht de vraag onder wiens bestuur dit goed valt. De andere echtgenoot is slechts gehouden de executie te dulden voor zover deze plicht bestaat op grond van een afzonderlijke executoriale titel.

3.4.2 *Hoe komt de echtgenoot-niet-geëxecuteerde op de hoogte van de op handen zijnde executie?*

713. Gaat men ervan uit dat de echtgenoot-niet-geëxecuteerde de bevoegdheid heeft om zich tegen de executie te verzetten, dan is het de vraag hoe deze echtgenoot op de hoogte komt van een op handen zijnde executie. Rust op de

⁷⁵⁹ Vgl. HR 11 juli 2003, *NJ* 2004, 570, m.nt. H.J. Snijders (*Van Kaam/Kantorengemeenschap*).

⁷⁶⁰ HR 11 juli 2003, *NJ* 2004, 570, m.nt. H.J. Snijders (*Van Kaam/Kantorengemeenschap*) en HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 192 (*Zavatta/Uggeri*).

⁷⁶¹ Vgl. ook de conclusie van A-G Langemeijer voor het arrest HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 130 (*Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven*). De A-G is de mening toegedaan dat de man zich op basis van art. 456 en 438 Rv tegen de executie zou kunnen verzetten.

executant de plicht om de echtgenoot-niet-geëxecuteerde van een voorgenomen executie op de hoogte te stellen?

714. Het feit dat de executie moet plaatsvinden ten laste van de echtgenoot jegens wie de executoriale titel is verkregen betekent dat de voorschriften die betekening van de executiehandelingen aan de geëxecuteerde voorschrijven er niet toe leiden dat de echtgenoot-niet-geëxecuteerde van de executie op de hoogte gebracht wordt. Ook het betekeningsvoorschrift van art. 430 lid 3 Rv mag de echtgenoot-niet-geëxecuteerde niet baten. Dit artikellid schrijft voor dat een executoriale titel niet ten uitvoer kan worden gelegd dan na betekening aan de ‘partij tegen wie de executie zich zal richten’. Dit is de geëxecuteerde.⁷⁶² De enige voorschriften die betekening van het beslag aan de echtgenoot-niet-geëxecuteerde zouden kunnen garanderen, zijn art. 435 lid 2 en 3 en art. 708 Rv. Deze voorschriften behelzen de plicht van de executant om een beslag dat is gelegd ten laste van de schuldenaar op een goed dat toebehoort aan een ander dan de schuldenaar binnen acht dagen te betekenen aan de rechthebbende van het goed. Vraag is of deze voorschriften ook van toepassing zijn op de situatie waarin een goed behoort tot een huwelijksgemeenschap waarin de schuldenaar is gehuwd.

715. De bewoordingen van deze beide bepalingen geven geen duidelijkheid. Letterlijk genomen zijn art. 435 lid 2 en 3 Rv en art. 708 Rv van toepassing in het geval dat een goed ‘aan een ander’ toebehoort. Verdedigd kan worden dat deze situatie zich bij een gemeenschappelijk goed niet voordoet, nu het goed (in elk geval deels) aan de schuldeiser toebehoort.⁷⁶³ Het omgekeerde is overigens, zo dunkt mij, net zo goed verdedigbaar.

716. Aan de totstandkomingsgeschiedenis van deze artikelen kan een argument worden ontleend tégen toepasselijkheid van deze artikelen op het beslag op een goed dat behoort tot de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap. Het artikel is in 1992 in de wet opgenomen. Ook vóór deze datum was het mogelijk om verhaal te nemen op een goed dat behoort tot een huwelijksgemeenschap. In de toelichting bij deze artikelen wordt met geen woord gerept over het beslag op een goed dat behoort tot de huwelijksgemeenschap, terwijl het van toepassing worden op deze situatie een belangrijke wijziging ten opzichte van het oude recht

⁷⁶² MvA I Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 89, waar – kort samengevat – wordt opgemerkt dat indien derden moeten worden ontruimd op basis van een executoriale titel ‘tegen de hoofdbewoner’, de betekening van art. 430 lid 3 Rv niet ten opzichte van hen in acht hoeft te worden genomen. Ook de derde-beslagene valt niet binnen de reikwijdte van art. 430 lid 3 Rv. Zie Van Mierlo 2004a, art. 430, aant. 7, die opmerkt dat als beslag onder een derde wordt gelegd, de executoriale titel niet op basis van art. 430 Rv aan de derde moet worden betekend, maar dat dit moet geschieden op basis van art. 475 Rv; vgl. ook MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 88.

⁷⁶³ Van deze strekking Pres. Rb. Utrecht 27 april 2000, *KG* 2000, 145.

zou betekenen. Of hieruit de conclusie kan worden getrokken dat de wetgever van mening was dat art. 435 lid 2 en 3 en 708 Rv niet op deze situatie van toepassing zijn, betwijfel ik. Mijns inziens is alleen de conclusie gerechtvaardigd dat de wetgever deze vraag niet onder ogen heeft gezien.

717. Ik zou willen verdedigen dat art. 435 lid 2 en 3 en art. 708 Rv van toepassing zijn op de situatie dat beslag wordt gelegd op de huwelijksgemeenschap. Dit volgt ten eerste uit de ratio van deze bepalingen. Beide bepalingen beschermen hetzij de schuldeiser wiens schuld dreigt te worden verhaald op het goed van een derde, hetzij de derde wiens goed dreigt te worden geëxecuteerd voor een schuld die niet de zijne is. Deze situatie doet zich, zo lijkt mij, ook voor als een schuld van slechts één echtgenoot wordt verhaald op een gemeenschappelijk goed. Door toepasselijkheid van art. 435 lid 2 en 3 en art. 708 Rv wordt gegarandeerd dat de echtgenoot-niet-geëxecuteerde op adequate wijze gebruik kan maken van de mogelijkheid om zich tegen de executie te verzetten.

718. Een ander argument voor de toepasselijkheid van art. 435 en 708 Rv, is gelegen in het feit dat een betekeningsplicht op grond van beide genoemde bepalingen aansluit bij de bijzondere rechten die de echtgenoot-niet-schuldenaar heeft om zich te verzetten tegen de uitwinning van gemeenschapsgoederen voor schulden van de andere echtgenoot. Is een schuld niet in de gemeenschap gevallen, dan is de echtgenoot-niet-schuldenaar op basis van art. 1:96 lid 1 BW bevoegd om verhaal op de goederen van de echtgenoot-schuldenaar te bewerkstelligen. Ook kan de echtgenoot-niet-schuldenaar op basis van art. 1:88 BW bepaalde rechtshandelingen van de echtgenoot-schuldenaar vernietigen en zo verhaal op de huwelijksgemeenschap van de uit deze rechtshandelingen voortvloeiende schulden voorkomen. Toepasselijkheid van art. 435 en 708 Rv op het beslag op goederen van de huwelijksgemeenschap die voor de schuld van één der echtgenoten kunnen worden uitgewonnen, garandeert dat de echtgenoot-niet-schuldenaar op effectieve wijze van zijn rechten uit art. 1:88 en 96 lid 1 BW gebruik kan maken.

Gevolg van de toepasselijkheid van art. 435 lid 3 en 708 lid 2 Rv

719. De toepasselijkheid van art. 435 lid 3 en 708 lid 2 Rv heeft een bijzonder gevolg; de echtgenoot-niet-schuldenaar heeft hiermee een bijzondere mogelijkheid tot zijn beschikking om zich tegen de executie te verzetten. Art. 435 lid 3 Rv bepaalt namelijk dat als beslag wordt gelegd op een goed dat toebehoort aan een ander dan de schuldenaar ten laste van de schuldenaar, deze ander zich op vereenvoudigde wijze tegen de executie kan verzetten. Hij kan zich tegen de executie verzetten door binnen acht dagen schriftelijke mededeling daarvan te doen aan de deurwaarder. Maakt de echtgenoot-niet-geëxecuteerde van deze bevoegdheid gebruik, dan wordt het beslag ten opzichte van hem niet executoriaal.

Executie is pas mogelijk als tegen hem een executoriale titel is verkregen om de executie te dulden.

720. Hier ligt een bezwaar tegen de toepasselijkheid van art. 435 lid 3 en art. 708 lid 2 Rv. Het wordt de echtgenoot-niet-geëxecuteerde op deze wijze wellicht iets te gemakkelijk gemaakt om zich tegen de executie te verzetten. Door een eenvoudige brief dwingt hij de schuldeiser tot het voeren van een nieuwe procedure. Bezwaarlijk acht ik dat evenwel niet, vooral als rekening gehouden wordt met het feit dat de echtgenoot-niet-geëxecuteerde toch al de bevoegdheid had om een executiekortgeding aan te spannen. Door toepasselijkheid van art. 435 lid 3 Rv, dan wel art. 708 lid 2 Rv, verschuift slechts het procesinitiatief. Dat lijkt mij onvoldoende reden om dan maar aan te nemen dat art. 435 lid 3 en art. 708 lid niet toepasselijk zijn.

721. Daarbij komt dat de echtgenoot-niet-geëxecuteerde over het algemeen geen argumenten zal hebben die ertoe leiden dat de executie geen doorgang kan vinden. De executoriale titel om de executie te dulden kan bovendien in een executiekortgeding worden verkregen. De kosten van dit executiekortgeding kunnen op de echtgenoot-niet-geëxecuteerde (deels) worden verhaald. Voor de echtgenoot-niet-geëxecuteerde blijft dus een belangrijke drempel bestaan tegen lichtzinnig gebruik van de bevoegdheid van art. 435 lid 3 en 708 lid 2 Rv, terwijl de executant op snelle wijze doorgang van de executie kan bewerkstelligen en bovendien de kosten van het executiekortgeding (deels) op de echtgenoot-niet-geëxecuteerde kan verhalen. Heeft de echtgenoot-niet-geëxecuteerde wél goede argumenten om zich tegen de executie te verzetten, dan vervullen art. 435 lid 3 en 708 lid 2 Rv een nuttige rol.

Geen betekening ex art. 435 en 708 Rv

722. In de toelichting bij art. 435 en 708 Rv wordt opgemerkt dat het doel van de betekening is dat de rechthebbende op de hoogte wordt gesteld van de op handen zijnde executie en dat schending van het betekeningsvoorschrift ex art. 435 en 708 Rv slechts aanleiding kan vormen voor een schadevergoedingsplicht en niet voor nietigheid van het beslag.⁷⁶⁴ Aangezien van schade op grond van het uitblijven van betekening ex art. 435 en 708 Rv geen sprake kan zijn indien de echtgenoot-niet-schuldenaar reeds op een andere grond op de hoogte is van het beslag, bijvoorbeeld omdat hij als derde-beslagene is aangemerkt en het beslag op die voet reeds aan hem is betekend, kan betekening op grond van art. 435 en 708 Rv in dat geval achterwege blijven.

⁷⁶⁴ MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 91 en 92.

3.5 *Onder welke echtgenoot moet beslag worden gelegd?*

723. Beslag moet dus worden gelegd ten laste van de echtgenoot tegen wie de executoriale titel is verkregen op grond waarvan beslag wordt gelegd. Wordt beslag gelegd op een tot de huwelijksgemeenschap behorende roerende zaak niet-registergoed die zich onder één of beide echtgenoten bevindt, dan doet zich een extra complicatie voor. Bij een beslag op een roerende zaak niet-registergoed wordt de vorm van het beslag bepaald door de vraag onder wie de zaak zich bevindt. Bevindt de zaak zich onder de geëxecuteerde, dan moet beslag worden gelegd op de wijze van art. 439 e.v. Rv, dat wil zeggen dat het beslag wordt gelegd ‘onder de schuldenaar’.⁷⁶⁵ Bevindt het goed zich onder een derde, dan heeft de beslaglegger op grond van art. 461d Rv een keuze.⁷⁶⁶ Hij kan volstaan met het leggen van het beslag onder de schuldenaar. Hij kan er ook voor kiezen om derdenbeslag te leggen, hetgeen betekent dat beslag wordt gelegd onder de derde, maar tevens onder de schuldenaar. In het kader van het verhaalsbeslag op een goed dat zich onder één of onder beide echtgenoten bevindt, rijzen twee vragen. Ten eerste, wanneer bevindt een dergelijk goed zich onder de echtgenoot-niet-geëxecuteerde en ligt in verband hiermee de weg van het derdenbeslag onder deze echtgenoot open? Ten tweede, wat zijn de gevolgen als de beslaglegger besluit beslag onder de echtgenoot-geëxecuteerde te leggen ondanks het feit dat de weg van derdenbeslag onder de echtgenoot-niet-geëxecuteerde openstaat?

3.5.1 *Wanneer kan derdenbeslag worden gelegd?*

724. Voordat ik inga op de vraag wanneer een echtgenoot als derde-beslagene kan worden aangemerkt, kan in het algemeen de vraag worden opgeworpen wanneer een persoon als derde-beslagene kan worden aangemerkt. Deze vraag wordt in de literatuur nauwelijks behandeld.⁷⁶⁷ Als eerste eis geldt uiteraard de eis dat de derde-beslagene daadwerkelijk derde is. Met andere woorden: de derde-beslagene mag noch de geëxecuteerde, noch de executant zijn. Verder vloeit uit de wet voort dat derde-beslagene de macht over de in beslag te nemen zaken moet uitoefenen. Immers, het beslagexploot moet het bevel aan de

⁷⁶⁵ Voor de goede orde zij vermeld dat noch de regeling van het executoriaal beslag van art. 439 e.v. Rv, noch de regeling van conservatoir beslag van 711 e.v. Rv met zoveel woorden vereist dat de in beslag te nemen zaak zich onder de schuldenaar bevindt. De enige wettelijke steun voor deze aanduiding is te vinden in het kopje boven de regeling van art. 711 e.v. Rv, waarin wordt gesproken van ‘conservatoir beslag in handen van de schuldenaar’. Toch is het gebruikelijk om te spreken over beslag onder de schuldenaar als men het beslag van art. 439 e.v. of 711 bedoelt; zie bijv. Van Oven 2001, p. 153 en Gieske 2008, Inleidende opmerkingen bij art. 439 e.v., aant. 3. Ik zal mij bij dit gebruik aansluiten.

⁷⁶⁶ Vgl. Oudelaar 2001, p. 100 en HR 4 mei 1951, *NJ* 1951, 525, *Ars Aequi* 1951, 9, m.nt. R.P. Cleveringa (*Oelen/Te Pas*).

⁷⁶⁷ Een uitzondering vormt Rueb 2005, p. 360 e.v.

derde-beslagene inhouden om de zaak onder zich te houden (art. 475 lid 1, aanhef en onder a, Rv). Bovendien moet als gevolg van het derdenbeslag de derde-beslagene de beslagen zaken afgeven (art. 477 Rv). Het beletten van een derde om zaken af te geven, of het hem hiertoe te verplichten, is alleen mogelijk als de derde de macht over deze zaken heeft. Met andere woorden: de derde moet het-zij voor zichzelf hetzij voor een ander houder zijn van de in beslag te nemen zaken (art. 3:107 e.v. BW).

725. Behoort een roerende zaak niet-registergoed tot een huwelijksgemeenschap, dan zijn in beginsel beide echtgenoten houder. Zij oefenen de macht over de zaak uit, al dan niet door tussenkomst van een andere echtgenoot of een derde. Dit betekent dat beide echtgenoten in beginsel als derde-beslagene kunnen worden aangemerkt.

726. Het is de vraag of de bestuursverdeling in deze vaststelling nog een wijziging teweegbrengt. Voor een bevestigend antwoord is in de parlementaire geschiedenis enig houvast te vinden. Tijdens de behandeling van het Nieuw Burgerlijk Wetboek heeft de minister de wijze uiteengezet waarop in een *eenvoudige* gemeenschap of een *liquidatiegemeenschap* de privéschuldeiser van een deelgenoot zijn vordering kan verhalen. Volgens de minister kan de schuldeiser:

‘derdenbeslag leggen onder de gezamenlijke deelgenoten c.q. onder de deelgenoot of de derde die eventueel met het beheer of de vereffening is belast, op al hetgeen zij aan de schuldenaar deelgenoot uit hoofde van de verdeling zullen moeten uitkeren (...).’⁷⁶⁸

Door het belasten van een deelgenoot met het beheer of de vereffening ondergaat de eenvoudige gemeenschap of de liquidatiegemeenschap een bestuurswissel. In plaats van overwegend collectief bestuur krijgt de gemeenschap een overwegend privaat bestuur. Kennelijk beïnvloedt deze bestuurswissel ook het antwoord op de vraag onder wie derdenbeslag moet worden gelegd. Bij privaat bestuur moet derdenbeslag worden gelegd onder de bestuursbevoegde deelgenoot, bij collectief bestuur onder de gezamenlijke deelgenoten.⁷⁶⁹ Ik zou daarom willen aannemen dat het bestuur van de gemeenschap van belang is voor de beantwoording van de vraag onder welke deelgenoot een goed zich bevindt. Bestuur houdt immers in het uitoefenen van de bevoegdheden die aan een goed zijn verbonden. Onder deze bevoegdheden hoort in beginsel ook de bevoegdheid tot het houden van een goed. Ik zou willen aannemen dat in beginsel de bestuursbevoegde echtgenoot als (middellijk) houder van een roerende zaak moet worden aangemerkt en dat om deze reden beslag onder hem kan worden gelegd. Is de

⁷⁶⁸ MvA II Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 85.

⁷⁶⁹ Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de minister het derdenbeslag op een (toekomstige) vordering op het oog lijkt te hebben, terwijl ik mij hier richt op het derdenbeslag op roerende zaken niet-registergoederen.

bestuursbevoegde echtgenoot geëxecuteerde, dan gaat het om een beslag onder de schuldenaar. Is hij geen geëxecuteerde, dan gaat het om een derdenbeslag. De mogelijkheid van beslag onder de bestuursbevoegde echtgenoot sluit aan bij de regel dat deze echtgenoot bij uitsluiting van de andere echtgenoot bevoegd is over het goed te beschikken. Het beslag onder hem ontnemt hem deze mogelijkheid.

727. Bij dit alles moet wel worden bedacht dat de bestuursverdeling tussen de deelgenoten, de beslaglegger niet altijd kenbaar zal zijn. Zo is het denkbaar dat het goed zich feitelijk bevindt onder de niet-bestuursbevoegde echtgenoot. Vraag is dan of ondanks de bestuursbevoegdheid van de andere echtgenoot beslag kan worden gelegd onder deze echtgenoot die het goed feitelijk onder zich heeft. Mijns inziens is dit mogelijk. In een dergelijke situatie is sprake van een keten, of wellicht kluwen, van houders. De echtgenoot die de zaak feitelijk onder zich heeft, houdt de zaak voor de bestuursbevoegde echtgenoot, van wie weer kan worden gezegd dat hij de zaak voor beide echtgenoten houdt. Zou de keten eenvoudiger zijn, in die zin dat bijvoorbeeld A voor B houdt, waarbij B op zijn beurt weer voor C houdt, dan zou niemand betwisten dat beslag onder elke schakel in de keten mogelijk is. Ik zie geen goede reden om in de hierboven geschetste situatie van deze regel, waarin een niet-bestuursbevoegde echtgenoot de zaak feitelijk onder zich heeft, af te wijken. Daar komt bij dat ook art. 1:92 BW in deze richting wijst. Dit artikel bepaalt dat derden de echtgenoot die het goed onder zich heeft voor bestuursbevoegd mogen houden.

3.5.2 *De gevolgen van de keuzevrijheid van de beslaglegger*

728. De constatering dat derdenbeslag *kán* worden gelegd, betekent niet automatisch dat derdenbeslag *móét* worden gelegd. De wet laat aan de beslaglegger de keuze om desondanks beslag onder de schuldenaar te leggen (art. 461d).⁷⁷⁰ De beslagene (de schuldenaar) kan zich er in deze situatie niet op beroepen dat derdenbeslag had moeten worden gelegd.⁷⁷¹ De derde onder wie de zaak zich bevindt, heeft deze bevoegdheid wel. Deze situatie wordt geregeld door art. 461d Rv. Het artikel bepaalt:

‘Bevindt de in beslag genomen zaak zich onder een derde en beroept deze zich erop dat hij het beslag wegens de vorm ervan of wegens een hem ten aanzien van de zaak toekomend recht niet behoeft te dulden, dan dienen bij het beslag, voor zover de executant de executie zonder eerbiediging van het ingeroepen recht of bevoegdheid wenst door te zetten, de regels betreffende het derden-beslag uit de tweede afdeling te worden gevolgd, met dien verstande dat het reeds gelegde beslag geldt als een uit-

⁷⁷⁰ Vgl. art. 499 Rv en HR 4 mei 1951, *NJ* 1951, 525, *Ars Aequi* 1951, 9, m.nt. R.P. Cleveringa (*Oelen/Te Pas*).

⁷⁷¹ Oudelaar 2001, p. 100 en HR 4 mei 1951, *NJ* 1951, 525, *Ars Aequi* 1951, 9, m.nt. R.P. Cleveringa (*Oelen/Te Pas*).

sluitend op die zaken gelegd derden-beslag en vervalt indien niet binnen drie dagen nadat het is gelegd, aan de derde een formulier in tweevoud als bedoeld in artikel 475, is betekend.⁷

Art. 461d Rv kan ook worden toegepast als een in beslag te nemen roerende zaak niet-registergoed behoort tot een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap. De beslaglegger kan er dan voor kiezen om, al dan niet overeenkomstig art. 461d Rv, derdenbeslag te leggen onder de bestuursbevoegde echtgenoot. In dat geval moeten de voorschriften van het derdenbeslag worden gevolgd. Dit maakt betekening van het exploit ex art. 435 lid 3 of 708 lid 2 Rv overbodig.⁷⁷²

729. De beslaglegger kan ook volstaan met het leggen van beslag onder de echtgenoot-geëxecuteerde. Als het goed onder het bestuur staat van de andere echtgenoot, kan deze zich op grond van art. 461d Rv verzetten tegen het beslag. Deze mogelijkheid bestaat niet in het geval dat het goed zich ten tijde van de beslaglegging onder de echtgenoot-geëxecuteerde bevindt (vgl. art. 1:92 BW). Hierbij kan het van belang zijn dat de deurwaarder constateert onder wie het goed zich ten tijde van de beslaglegging daadwerkelijk bevindt en dit in zijn proces-verbaal van inbeslagname vastlegt (art. 443 Rv). Deze constatering heeft immers dwingende bewijskracht tegen eenieder (art. 157 lid 1 Rv), dus ook tegen de bestuursbevoegde echtgenoot.

4 Verhaalsbeslag bij personenvennootschap

730. In deze paragraaf behandel ik de onderzoeksvragen van dit hoofdstuk in het kader van beslag op een goed dat behoort tot de gemeenschap van een personenvennootschap. Achtereenvolgens besteed ik aandacht aan de vraag wie bij een dergelijk beslag als geëxecuteerde/beslagene heeft te gelden, wat de positie van de overige deelgenoten is en onder welke deelgenoot een roerende zaak niet-registergoed in beslag moet worden genomen.

4.1 Wie is de geëxecuteerde/beslagene?

731. Uitgaande van de regel dat de geëxecuteerde de persoon is tegen wie de executoriale titel is verkregen, levert een verhaalsbeslag op een goed van een personenvennootschap geen bijzondere problemen op. De geëxecuteerde is in dit geval de personenvennootschap, dat wil zeggen: de gezamenlijke deelgenoten in hun gemeenschappelijk verband. De deelgenoten kunnen met hun eigen namen worden aangeduid, maar ook door middel van de vennootschapsnaam. Is de geëxecuteerde een commanditaire vennootschap, dan *moet* de vennootschapsnaam worden gebruikt.

⁷⁷² Zie nr. 722.

732. Beslagexploiten kunnen worden betekend overeenkomstig art. 51 Rv. Dat wil zeggen dat de executant ervoor kan kiezen het exploit te betekenen aan het kantoor van de vennootschap, of aan de persoon of woonplaats van de beherende vennoten. Het is de vraag of in dat laatste geval het exploit moet worden betekend aan alle beherende vennoten of aan slechts één van hen. Gezien de slotzin van art. 51 lid 1 Rv, moet worden aangenomen dat betekening aan één beherende vennoot in dat geval volstaat.

4.2 Wat is de positie van de overige deelgenoten?

733. Bij een op grond van een vennootschapsschuld gelegd verhaalsbeslag op een goed dat behoort tot de gemeenschap van een personenvennootschap, dat wil zeggen een schuld van de gezamenlijke vennoten, is art. 435 lid 2 en 3, of art. 708 Rv, niet van toepassing. Het gaat immers om een schuld waarvoor alle vennoten aansprakelijk zijn. Dit betekent dat geen scheiding optreedt tussen de persoon van de geëxecuteerde en de persoon van de rechthebbende van het te executeren goed. Eventuele niet beherende vennoten of commanditaire vennoten kunnen zich dus niet op basis van art. 435 lid 3 of art. 708 lid 2 Rv tegen het verhaal op deze goederen verzetten.

4.3 Onder wie moet beslag worden gelegd?

734. Ook de vraag onder welke deelgenoot beslag moet worden gelegd levert bij een personenvennootschap geen bijzondere problemen op. Ieder van de deelgenoten is in dit geval geëxecuteerde/beslagene. Dit betekent dat op iedere roerende zaak niet-registergoed die behoort tot de gemeenschap van een personenvennootschap en die zich bevindt onder één van de vennoten beslag onder de schuldenaar kan en moet worden gelegd.

5 Deelgenotenbeslag

735. In de vorige paragrafen heb ik de drie centrale onderzoeksvragen van dit hoofdstuk beantwoord voor het verhaalsbeslag op een gemeenschapsgoed. In deze paragraaf zal ik deze vragen beantwoorden voor het deelgenotenbeslag. Ik begin met de vraag welke deelgenoot als beslagene geldt (5.1). Vervolgens besteed ik aandacht aan de vraag wat de positie is van de overige deelgenoten (5.2). Ik eindig met de vraag onder welke deelgenoten beslag moet worden gelegd (5.3).

5.1 Welke deelgenoot geldt als beslagene?

736. De vraag welke deelgenoot als beslagene geldt, moet worden beantwoord met inachtneming van het algemene beginsel van het beslagrecht dat de beslagene de persoon is tegen wie de eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld. Zoals ik in hoofdstuk VIII zal bespreken, geldt bij het deelgenotenbeslag de

vordering tot verdeling van de gemeenschap (art. 3:178/180 BW) als hoofdzaak.⁷⁷³ Dit is van belang, omdat de vordering tot verdeling, anders dan de vordering van art. 3:185 BW,⁷⁷⁴ een processueel deelbare rechtsverhouding betreft. De vordering hoeft dus niet tegen alle deelgenoten te worden ingesteld.⁷⁷⁵ Volstaan kan worden met het instellen van deze vordering tegen de onwillige deelgenoot of deelgenoten. Dit betekent ook dat als beslagene alleen geldt de deelgenoot tegen wie de vordering van art. 3:178/180 BW zal worden ingesteld.⁷⁷⁶ Dit houdt in dat de deelgenoten die niet daadwerkelijk in het geschil tussen de beslaglegger en de onwillige deelgenoten betrokken zijn, niet direct bij het beslag worden betrokken.

5.2 *De positie van de deelgenoten die niet als beslagene gelden*

737. Als deelgenotenbeslag wordt gelegd en de vordering tot verdeling niet tegen alle deelgenoten wordt ingesteld, is het de vraag wat de positie van de deelgenoten is tegen wie de vordering tot verdeling niet wordt ingesteld. Is op deze deelgenoten art. 708 Rv van toepassing?

738. Voor het verhaalsbeslag op de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap heb ik verdedigd dat art. 435 lid 2 en 3 en art. 708 Rv van toepassing zijn.⁷⁷⁷ Ik ben tot die conclusie gekomen op grond van de strekking van deze voorschriften, te weten het waarschuwen van de gerechtigde dat zijn goed dreigt te worden uitgewonnen op basis van een executoriale titel die niet tegen hem is verkregen. Voor de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap komt daarbij dat de echtgenoot-niet-schuldenaar bepaalde bijzondere verweermiddelen heeft tegen het verhaal op gemeenschapsgoederen voor schulden van de andere echtgenoot.

739. Voor het deelgenotenbeslag zou ik de toepasselijkheid van art. 708 willen verdedigen. Letterlijk gelezen is het artikel slechts van toepassing op het verhaalsbeslag, maar art. 734 Rv schrijft evenwel voor dat de voorschriften die van toepassing zijn op een verhaalsbeslag *van overeenkomstige toepassing zijn* op een deelgenotenbeslag. Bovendien is art. 708 Rv geplaatst in de afdeling die in beginsel toepasselijk is op alle conservatoire beslagen. Toepasselijkheid van art. 708 Rv volgt bovendien uit de strekking van deze bepaling. De strekking is dat het aan de gerechtigde die niet als beslagene geldt duidelijk gemaakt wordt

⁷⁷³ Zie nr. 816-827.

⁷⁷⁴ Zie nr. 397.

⁷⁷⁵ Zie nr. 332.

⁷⁷⁶ Anders Stein 2002, p. 110-111, die meent dat alle deelgenoten als beslagene moeten gelden en dat alle deelgenoten moeten worden gedagvaard. Hierbij moet wel vermeld worden dat Stein hier het beslag door een privéschuldeiser behandelt. Een privéschuldeiser zal inderdaad in de regel de eis tot verdeling tegen alle deelgenoten instellen. In dat geval zijn alle deelgenoten beslagene.

⁷⁷⁷ Zie nr. 713-718.

dat op zijn goed beslag is gelegd, zodat hij rekening kan houden met eventuele gevolgen van dit beslag en zich zonodig tegen dit beslag kan verzetten.⁷⁷⁸ Deze strekking gaat ook op voor een deelgenotenbeslag. Een deelgenotenbeslag zal weliswaar niet (rechtstreeks) tot uitwinning van het beslagen goed leiden, maar het leidt er wel toe dat de beslagen deelgenoot het goed niet meer mag afgeven of er niet meer over mag beschikken. Het is voor de overige deelgenoten van belang om te weten dat deze bevoegdheden de beslagen deelgenoot zijn ontnomen. Zo zou de beslagen deelgenoot bijvoorbeeld met het beheer van de gemeenschap kunnen zijn belast, het beslag verhindert hem dan om zijn taak behoorlijk uit te oefenen. Bovendien leidt het feit dat de beslagen deelgenoot het goed niet meer mag afgeven er ook toe dat hij het goed niet meer aan de overige deelgenoten mag afgeven.

740. De betekening van art. 708 lid 2 Rv is niet noodzakelijk voor zover de overige deelgenoten als derde-beslagene worden aangemerkt.⁷⁷⁹

5.3 *Onder welke deelgenoten moet beslag worden gelegd?*

741. Op roerende zaken niet-registergoederen kan op meer dan één manier verhaalsbeslag worden gelegd; te weten door middel van beslag onder de schuldenaar (art. 439 e.v. Rv), onder de schuldeiser (eigenbeslag, art. 479h e.v. Rv) en onder een derde (art. 475 e.v. Rv). Wordt beslag gelegd onder de deelgenoot ten laste van wie het beslag wordt gelegd, dan is sprake van beslag ‘onder de schuldenaar’. Wordt het beslag gelegd onder de beslagleggende deelgenoot dan is sprake van eigenbeslag. Wordt beslag gelegd onder een ander dan de deelgenoot ten laste van wie het beslag wordt gelegd of de beslagleggende deelgenoot, dan is sprake van derdenbeslag.

742. De vraag is echter onder welke deelgenoot beslag op roerende zaken niet-registergoederen moet worden gelegd. Het probleem is dat de zaak zich tegelijkertijd onder meerdere deelgenoten bevindt. Neem het volgende voorbeeld. Tussen A, B en C bestaat een gemeenschap. Tot deze gemeenschap behoort een auto. A is bang dat B zal trachten deze auto aan de gemeenschap te onttrekken. Om dit te voorkomen, wil hij op de auto beslag leggen. Dit beslag zal hij moeten leggen ten laste van B. Het is nu de vraag onder wie hij dit beslag moet leggen. Is dit onder B, onder A, B en C, onder B en C of onder zichzelf? Daarbij wordt bovendien de vraag gesteld of het van belang is of de auto zich onder één van de deelgenoten bevindt of onder een derde. Om deze vraag te beantwoorden, zal ik eerst de vraag beantwoorden onder welke deelgenoot beslag kan worden gelegd. Vervolgens ga ik in op de keuzevrijheid van de beslaglegger om bepaalde deelgenoten niet als derde-beslagene aan te duiden.

⁷⁷⁸ MvA II Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 316 en 317.

⁷⁷⁹ Zie voor de vraag wanneer dit het geval is nr. 741-751.

5.3.1 *Onder welke deelgenoot kan beslag worden gelegd?*

743. Beslag kan worden gelegd onder iedere persoon die houder van de in beslag te nemen zaak is.⁷⁸⁰ Van elke gemeenschappelijke zaak zijn in beginsel alle deelgenoten (middellijk) houder (en bezitter).⁷⁸¹ Zij oefenen allen, al dan niet door tussenkomst van een deelgenoot of een derde, de macht over de zaak uit. Dit betekent ook dat in beginsel onder alle deelgenoten beslag kan worden gelegd.⁷⁸² Dit verandert als het bestuur van het in beslag te nemen goed privaat is geregeld.⁷⁸³ In dat geval moet de bestuursbevoegde deelgenoot als enige houder worden gekwalificeerd en kan in beginsel alleen onder hem beslag worden gelegd. Dit neemt niet weg dat ook onder de deelgenoot die het goed feitelijk onder zich heeft, beslag kan worden gelegd.⁷⁸⁴

5.3.2 *De keuzevrijheid van de beslaglegger*

744. De beslaglegger heeft een zekere keuzevrijheid tussen derdenbeslag en beslag onder de schuldenaar. Bevindt een roerende zaak zich onder een ander dan de schuldenaar, dan volgt uit art. 461d Rv dat de beslaglegger desondanks ervoor kan kiezen om beslag onder de schuldenaar te leggen. Art. 461d Rv is ook van toepassing op het deelgenotenbeslag. Deze keuzevrijheid geldt ook voor het deelgenotenbeslag (art. 734 jo. art. 712 jo. art. 461d Rv).⁷⁸⁵ Hierboven is reeds besproken dat in dat geval de derde zich op grond van art. 461d Rv tegen het beslag kan verzetten.⁷⁸⁶ Dat betekent in beginsel dat de beslaglegger zijn beslag als een derdenbeslag moet vervolgen. Art. 461d Rv biedt de beslaglegger nog een tweede mogelijkheid. Deze mogelijkheid is bij deelgenotenbeslag van groot belang. De beslaglegger kan er namelijk voor kiezen om, ondanks het protest van de derde, het beslag te vervolgen als een beslag onder de schuldenaar. In dit geval moet hij de rechten van de derde respecteren. Deze mogelijkheid wordt in de literatuur die betrekking heeft op art. 461d Rv niet besproken. Dat deze mogelijkheid bestaat, blijkt wel uit de tekst van art. 461d Rv. Het artikel bepaalt immers dat:

‘voor zover de executant de executie zonder eerbiediging van het ingeroepen recht of bevoegdheid wenst door te zetten, de regels betreffende het derden-beslag uit de tweede afdeling [dienen] te worden gevolgd’.

⁷⁸⁰ Zie 724-727.

⁷⁸¹ Vgl. Van Schaick 2003, nr. 15.

⁷⁸² Zij het dat gezien de regeling van het eigenbeslag het niet noodzakelijk is dat de beslagleggende deelgenoot zichzelf ook als derde-beslagene aanmerkt en ten opzichte van zichzelf beslagformaliteiten vervult.

⁷⁸³ Zie nr. 726.

⁷⁸⁴ Vgl. nr. 727.

⁷⁸⁵ Vgl. ook art. 499 Rv, waaruit blijkt dat het beginsel van art. 461d Rv zich ook uitstrekt tot een reëel beslag.

⁷⁸⁶ Zie nr. 728.

Hieruit blijkt dat art. 461d Rv geen belemmering vormt voor het voortzetten van het beslag *met* eerbiediging van het ingeroepen recht. Ik zou menen dat de beslaglegger ook al bij voorbaat kan aangeven dat hij met het beslag de rechten van de derde niet wil inperken. Deze mogelijkheid biedt degene die deelgenotenbeslag legt de mogelijkheid om deelgenoten die eventueel als derde-beslagene zouden kunnen worden aangemerkt zoveel mogelijk buiten de rechtsgevolgen van het beslag te houden. Voor zover het wel nodig is dat de rechtsgevolgen van het beslag zich tot hen uitstrekken kan dit worden bereikt door, al dan niet op voet van art. 461d Rv, derdenbeslag onder deze deelgenoten te leggen.

745. Ik zal het bovenstaande uitwerken aan de hand van de hierboven geschetste casus van de auto die aan de deelgenoten A, B en C behoort en waarop A deelgenotenbeslag ten laste van B wenst te leggen.

746. In beginsel geldt voor de gemeenschap collectief bestuur. Dat betekent dat alle deelgenoten als houder kunnen worden beschouwd en dat ook onder alle deelgenoten beslag kan worden gelegd, zij het dat A zichzelf niet tevens als (derde-)beslagene behoeft aan te merken. Dit betekent dat A ervoor kan kiezen om derdenbeslag te leggen onder C ten laste van B. In dat geval strekken de rechtsgevolgen van het beslag zich tot B én C uit. A en C zijn in dat geval gezamenlijk gehouden om aan B te verklaren welke zaken zij onder zich hebben. Immers, de verklaringsplicht rust op zowel de derde-beslagene (art. 476a jo. art. 720a jo. art. 734 Rv) als degene die eigenbeslag legt (art. 479i lid 1, aanhef en onder b, jo. art. 702 Rv), hetgeen A in deze situatie feitelijk doet.

A kan er echter ook voor kiezen om ‘slechts’ beslag onder B te leggen. In dat geval kan B zich er niet op beroepen dat het beslag in de vorm van een derdenbeslag had moeten worden gelegd. De rechtsgevolgen van het beslag gelden alleen ten opzichte van B en de rechten van C blijven ongemoeid. Het staat C bijvoorbeeld vrij om de auto aan B (of een derde) af te geven of om de auto, zo C daartoe is gerechtigd, te vervreemden.

747. Geldt voor de gemeenschap privaat bestuur, dan is de situatie in zoverre anders dat slechts onder de bestuursbevoegde deelgenoot beslag kan worden gelegd, tenzij de auto zich feitelijk onder een andere deelgenoot bevindt. Is C privaat bestuursbevoegd, dan moet onder hem beslag worden gelegd, zij het dat A nog steeds op grond van art. 461d Rv de bevoegdheid heeft om slechts beslag onder B te leggen. De rechtsgevolgen verschillen dan niet van die hierboven zijn geschetst.

Is B privaat bestuursbevoegd, dan ligt alleen beslag onder B voor de hand. Het is de vraag of in deze situatie de rechten van C door het beslag worden aangetast. Op grond van art. 3:169 BW is C bijvoorbeeld gerechtigd de auto te gebrui-

ken. Mag c.q. moet B afgifte van de auto aan C weigeren als deze van zijn gebruiksrecht gebruik wil maken? Ik ben geneigd deze vraag in beginsel bevestigend te beantwoorden. Het doel van het beslag is het voorkomen dat de positie van A wordt uitgehold, hetgeen kan gebeuren als B de auto aan C afgeeft. C hoeft echter geen genoegen te nemen met deze inkorting van zijn rechten. Stelregel is immers dat een beslag geldig verkregen rechten van derden van vóór de beslaglegging onverlet laat. C kan dus met succes opheffing van het beslag vorderen. A kan dit voorkomen door te verklaren dat het beslag de rechten van C onverlet laat. Hiermee opent hij de mogelijkheid voor B om de auto aan C af te geven. Wil A de weg voor C afsluiten om de auto weer aan B af te geven, dan moet A derdenbeslag onder C leggen. Uit proceseconomisch oogpunt zou ik in dit geval willen verdedigen dat A ook de bevoegdheid heeft om van aanvang af C als derde-beslagene aan te merken.

Is A privaat bestuursbevoegd of bevindt de auto zich feitelijk onder A, dan staat voor A de mogelijkheid open om eigenbeslag te leggen. In dat geval is het de vraag wat de positie van B en C is. Mijns inziens moet in deze situatie het beginsel van art. 461d Rv analoog worden toegepast. Dit betekent dat B zich er niet op kan beroepen dat het beslag onder hem had moeten worden gelegd. Ook de positie van C moet mijns inziens overeenkomstig art. 461d Rv worden geregeld. Dit betekent dat het beslag de rechten van C onverlet laat tenzij het beslag binnen drie dagen als derdenbeslag wordt vervolgd. Het bovenstaande heeft mijns inziens ook te gelden als A privaat bestuursbevoegd is.

6 Maritaal beslag

748. In deze paragraaf zal ik de onderzoeksvragen van dit hoofdstuk beantwoorden voor het maritale beslag; wie geldt als beslagene (6.1)? Wat is de positie van de deelgenoten die niet als beslaglegger of beslagene gelden (6.2)? En onder wie moet het beslag moet worden gelegd (6.3)?

6.1 Welke deelgenoot is beslagene?

749. De vraag welke echtgenoot bij een maritaal beslag als beslagene geldt moet op basis van het stelsel van het beslagrecht worden beantwoord.⁷⁸⁷ Wie als beslagene wordt aangemerkt wordt gewoonlijk bepaald door de vraag tegen wie de executoriale titel is verkregen. Tegen deze persoon wordt de titel ten uitvoer gelegd. Aangezien een maritaal beslag niet tot executie zal leiden, moet voor de vraag welke deelgenoot beslagene is, worden gekeken naar de vraag jegens wie

⁷⁸⁷ Volgt men het stelsel dat de Hoge Raad in het arrest HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 130 (*Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven*) uiteenzet, dan krijgt men merkwaardige resultaten. Beslag op een goed dat onder het bestuur staat van de beslagleggende echtgenoot, moet dan ook gelegd worden ten laste van deze echtgenoot. Deze echtgenoot zou vervolgens aan zichzelf het instellen van de eis in de hoofdzaak moeten betekenen.

de eis in de hoofdzaak werking heeft. Bij het maritaal beslag wijst art. 769 lid 1 Rv als eis in de hoofdzaak de verzoeken tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap aan. Deze procedures hebben werking tegen beide echtgenoten. Ik ben daarom van mening dat bij een maritaal beslag de echtgenoot-niet-beslaglegger als beslagene geldt. Daarbij is het niet van belang wie de hoofdzaak heeft ingesteld. Dit sluit aan bij mijn betoog in hoofdstuk VIII dat het verzoek van de echtgenoot die geen beslag heeft gelegd, kan gelden als eis in de hoofdzaak voor het beslag van de andere echtgenoot.⁷⁸⁸

6.2 *De positie van de overige deelgenoten*

750. Nu er geen andere deelgenoten zijn die niet hetzij beslaglegger, hetzij beslagene zijn, doet de vraag naar hun positie zich niet voor. De betekenisvoorschriften van art. 708 Rv zijn bij een maritaal beslag niet van toepassing.

6.3 *Onder wie moet beslag worden gelegd?*

751. De vraag onder wie beslag moet worden gelegd, levert bij een maritaal beslag minder problemen op dan bij een beslag op de goederen van een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap. Ten eerste kan een (gewezen) echtgenoot bij het maritale beslag niet als derde worden beschouwd. Immers, hij is hetzij beslaglegger hetzij beslagene. Daarbij komt dat de beslagene zich er niet op kan beroepen dat had moeten worden gekozen voor het derdenbeslag.⁷⁸⁹ De beslaglegger kan dus volstaan met het leggen van eigenbeslag als de zaak in zijn handen is en beslag onder de schuldenaar als het beslag in handen van de andere echtgenoot is, of als onzeker is wie de zaak onder zich heeft.

7 **Conclusie**

752. Na het voorgaande kan ik de onderzoeksvragen van dit hoofdstuk beantwoorden. Mijn eerste vraag was wie bij het leggen van verdelingsbeslag als beslagene moet worden aangemerkt. Deze vraag moet worden beantwoord op basis van het beginsel dat de beslagene de persoon is tegen wie de eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld. Bij deelgenotenbeslag vormt de vordering tot verdeling (art. 3:178/180 BW) de eis in de hoofdzaak. Deze moet worden ingesteld tegen elke onwillige deelgenoot. Bij maritaal beslag gelden de verzoeken tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en opheffing van de gemeenschap als eis in de hoofdzaak. Deze verzoeken hebben werking tegen beide echtgenoten, zodat geen bezwaar bestaat tegen het aannemen dat de niet-beslagleggende echtgenoot per definitie de beslagene is, ongeacht de vraag wie de eis in de hoofdzaak heeft ingesteld.

⁷⁸⁸ Zie nr. 840.

⁷⁸⁹ Art. 461d Rv, Oudelaar 2001, p. 100 en HR 4 mei 1951, *NJ* 1951, 525, *Ars Aequi* 1951, 9, m.nt. R.P. Cleveringa (*Oelen/Te Pas*).

Mijn tweede vraag had betrekking op de positie van de deelgenoten die noch als beslaglegger, noch als beslagene moeten worden aangemerkt. Een dergelijke positie is alleen denkbaar bij deelgenotenbeslag. Een deelgenotenbeslag moet overeenkomstig art. 708 lid 2 Rv worden betekend aan alle deelgenoten die noch beslaglegger, noch beslagene zijn.

Mijn derde vraag was: wanneer kan en/of moet een deelgenoot als derde-beslagene gelden? Een deelgenoot kan als derde-beslagene gelden als hij noch beslaglegger, noch beslagene is en hij als houder van de in beslag te nemen roerende zaak niet-registergoed kan gelden. Dit betekent dat de vraag welke deelgenoot als derde-beslagene kan gelden alleen belang heeft voor deelgenotenbeslag. Daarbij geldt dat in beginsel elke deelgenoot als houder van een gemeenschappelijke zaak kan gelden. Dit betekent ook dat elke deelgenoot die noch als beslaglegger, noch als beslagene geldt, als derde-beslagene kan worden aangemerkt. Of de beslaglegger deze deelgenoten ook als derde-beslagene moet aanmerken, is afhankelijk van de vraag of hij het beslag ook werking tegen hen wil geven. Als dit inderdaad het geval is, moet hij ze als derde-beslagene aanmerken. In het andere geval kan het aanmerken van deze deelgenoten als derde-beslagene achterwege blijven.

VII. HET BESLAGREKEST

1 Inleiding

753. Aangezien verdelingsbeslagen conservatoire beslagen zijn, moet alvorens tot beslaglegging kan worden overgegaan eerst verlof tot het leggen van beslag worden verkregen van de voorzieningenrechter. Dit verlof dient te worden verzocht bij verzoekschrift.⁷⁹⁰ In dit hoofdstuk behandel ik het verloop van de procedure tot het verkrijgen van het beslagverlof. Daartoe behandel ik eerst de inhoud van dat beslagrekest (2). Vervolgens ga ik in op de vraag welke rechter bevoegd is een verzoek tot het leggen van één van beide verdelingsbeslagen te behandelen (3). Daarna behandel ik de behandeling van het beslagrekest (4). Tot slot bespreek ik de mogelijkheid van het instellen van rechtsmiddelen tegen een toe- of afwijzend oordeel van de rechter (5).

2 De inhoud van het beslagrekest

754. De wet schrijft voor aan welke eisen de inhoud van een beslagrekest moet voldoen.⁷⁹¹ In deze paragraaf ga ik eerst in op de algemene eisen die op grond van art. 278 en 700 Rv aan de inhoud van een beslagrekest worden gesteld (2.1). Daarna behandel ik de bijzondere eisen die worden gesteld aan de inhoud van het verzoek tot het verkrijgen van verlof tot het leggen van deelgenotenbeslag (2.2), respectievelijk maritaal beslag (2.3).

⁷⁹⁰ Onder het recht van vóór 1992 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat verlof tot beslaglegging ook kan worden ‘verzocht’ door middel van een eis in reconventie; zie HR 10 januari 1986, *NJ* 1987, 55, m.nt. W.H. Heemskerk (*Van der Weij/Grasso-Drain*). Deze gang van zaken heeft proceseconomische voordelen. Oudelaar 1992, p. 178-182 is van mening dat deze mogelijkheid ook blijft bestaan onder het recht zoals dat na 1992 heeft vorm gekregen. Van Mierlo 2005b, art. 700, aant. 7, wijst erop dat de invoering van art. 69 Rv het de voorzieningenrechter mogelijk maakt om een verzoek tot een beslagverlof dat bij wege van eis in reconventie wordt ingediend als verzoekschrift te behandelen; zie ook Harreman 2007, p. 102.

⁷⁹¹ Naast de wet bepalen ook de rolreglementen nader de inhoud van een verzoekschrift. Aangezien een beslagrekest een verzoekschrift is, is hierop het procesreglement ‘verzoekschriftprocedures rechtbank sector civiel handel/voorzieningenrechter’ (PrV) van toepassing. Dit procesreglement vormt gezien HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 495, m.nt. H.J. Snijders (*De Nieuwe Woning/Staat*) recht in de zin van art. 79 lid 1, onder b, RO. Zie over het rechtskarakter van een rolreglement Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, p. 58 en Teuben 2004, met name p. 15-16 en 150-153. Naast het PrV bestaat ook de Beslagsyllabus 2008. Blijkens de tekst opgenomen onder het kopje ‘Verantwoording’ in de Beslagsyllabus is deze niet bedoeld om de rechter te binden. Dit betekent dat de Beslagsyllabus niet als recht in de zin van art. 79 lid 1, onder b, RO kan gelden; vgl. Harreman 2007, p. 102-103.

2.1 Algemene eisen aan een beslagrekest

755. In deze paragraaf behandel ik kort de algemene eisen die aan een beslagrekest worden gesteld. Deze eisen gelden op basis van art. 278 en 700 Rv.

2.1.1 Eisen die uit art. 278 Rv voortvloeien

756. Art. 278 lid 1 Rv bepaalt dat het verzoekschrift voornaam, naam en woonplaats van de verzoeker moet bevatten. Het artikel bepaalt niet met zoveel woorden dat het verzoekschrift ook de gegevens van eventuele belanghebbenden moet bevatten. Art. 279 Rv gaat er echter wel vanuit dat belanghebbenden, indien aanwezig, in het verzoekschrift worden genoemd. Het artikel bepaalt dat eventuele in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden voor de mondelinge behandeling worden opgeroepen. In de verloffprocedure blijft de mondelinge behandeling en daarmee de oproeping van de belanghebbenden in de regel achterwege.⁷⁹² Dit neemt niet weg dat de rechter wel de bevoegdheid heeft om een mondelinge behandeling te bevelen, hetgeen inhoudt dat de gegevens van eventuele belanghebbenden moeten worden vermeld. Als belanghebbenden komen in elk geval de overige deelgenoten in aanmerking. Analooq aan de regeling van het exploit⁷⁹³ kan mijns inziens met de naam van de belanghebbende worden volstaan. De voornaam van eventuele belanghebbenden behoeft niet te worden vermeld. Aangezien het doel van de vermelding normaal gesproken het mogelijk maken van het oproepen van deze belanghebbenden is, moet, indien mogelijk, ook het adres van de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden worden vermeld.⁷⁹⁴

757. Het verzoek wordt ondertekend en ingediend door een advocaat (art. 278 lid 3 Rv). Het kantoor van de advocaat geldt tevens als gekozen woonplaats van de verzoeker (art. 278 lid 3 Rv).

758. Art. 278 lid 1 Rv bepaalt dat het verzoek in het verzoekschrift duidelijk moet worden omschreven. Voor het beslagrekest houdt dit in dat de verzoeker in het verzoekschrift moet opnemen dat hij verloff tot beslaglegging vraagt. Tevens dient hij te vermelden op welke goederen hij beslag wil leggen. Bovendien moet op grond van art. 278 lid 1 Rv het verzoekschrift de gronden bevatten waarop het berust. Hieruit volgt een motiveringsplicht. Deze motiveringsplicht wordt beperkt door het voorschrift dat de rechter bij een verzoek tot het leggen van een conservatoir beslag beslist na summier onderzoek (art. 700 Rv).⁷⁹⁵

⁷⁹² Zie nr. 799.

⁷⁹³ art. 45 lid 2 aanhef en onder d Rv.

⁷⁹⁴ Vgl. art. 1.2.4 PrV.

⁷⁹⁵ Zie hierover nr. 799.

759. Een laatste voorschrift dat van belang is, houdt verband met het feit dat in zaken betreffende een nalatenschap de laatste woonplaats van de overledene moet worden vermeld (art 278 lid 1 Rv). Indien vermelding niet mogelijk is, moet de reden daarvan worden vermeld. Deze bepaling is van belang als deelgenotenbeslag wordt gelegd op goederen van de nalatenschap. Deze bepaling kan ook bij maritaal beslag van belang zijn als de gezamenlijke erfgenamen maritaal beslag leggen op de goederen van de huwelijksgemeenschap.⁷⁹⁶

2.1.2 *Eisen die uit art. 700 Rv voortvloeien*

760. Art. 700 lid 3 Rv bepaalt dat, tenzij de eis in de hoofdzaak reeds is ingesteld, het verlof wordt verleend onder de voorwaarde dat de hoofdzaak wordt ingesteld binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn. In het verzoekschrift moet daarom worden aangegeven of al dan niet een eis in de hoofdzaak is ingesteld. In de beslagsyllabus wordt vermeld dat, zo een hoofdzaak aanhangig is, moet worden aangegeven bij welk gerecht deze hoofdzaak aanhangig is, en (voor zover bekend) onder welk zaak- of rolnummer.⁷⁹⁷

761. Art. 700 lid 2 Rv bepaalt dat de aard van het te leggen beslag moet worden vermeld. Met de woorden ‘de aard van het te leggen beslag’ wordt bedoeld op het type beslag dat de aspirant-beslaglegger wil leggen. Wil hij een reëel beslag leggen of een verhaalsbeslag? Gaat het om een beslag onder de schuldeiser of een derdenbeslag, enzovoort? Het doel van deze vermelding is het verschaffen van duidelijkheid over de vraag welke afdelingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing zullen zijn.⁷⁹⁸

762. Art. 700 lid 2 Rv bepaalt voorts dat het door de verzoeker ingeroepen recht in het verzoekschrift moet worden vermeld. Bij een verhaalsbeslag is het ingeroepen recht een geldvordering. Bij een deelgenotenbeslag gaat het om het recht om bepaalde goederen voor de verdeling te behouden. Bij maritaal beslag gaat het om het recht van de beslaglegger op de gemeenschap. De verzoeker is gerechtigd om de helft van de waarde van de goederen van de gemeenschap hetzij in geld, hetzij in goederen te ontvangen. Het door de verzoeker ingeroepen recht hoeft slechts summierlijk te blijken. Vanzelfsprekend is wel enige feitelijke onderbouwing noodzakelijk.⁷⁹⁹

763. Art. 700 lid 2 Rv schrijft tevens voor dat, zo het ingeroepen recht van de beslaglegger een geldvordering is, het bedrag hiervan in het verzoekschrift moet worden vermeld. De vordering waarvoor een verdelingsbeslag wordt gelegd, is geen geldvordering. De vermelding van een dergelijk bedrag kan bij een verde-

⁷⁹⁶ Zie nr. 632-647.

⁷⁹⁷ Beslagsyllabus 2008, p. 4.

⁷⁹⁸ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 310.

⁷⁹⁹ Ynzonides 2001, p. 96 en 97.

lingsbeslag dan ook achterwege blijven. Voor maritaal beslag volgt dit expliciet uit art. 769 lid 1 Rv.

2.2 *Bijzondere eisen voor het deelgenotenbeslag*

764. Voor het deelgenotenbeslag wordt aan de inhoud van het beslagrekest een aantal additionele bijzondere eisen gesteld.

765. De verzoeker zal moeten stellen dat de goederen gemeenschappelijk zijn. De beslaglegger zal bovendien moeten vermelden tot welke gemeenschap de goederen behoren. De beslaglegger zal dus duidelijk moeten maken dat de goederen behoren tot de gemeenschap van een ontbonden personenvennootschap, een eenvoudige gemeenschap enzovoort.

766. De verzoeker zal moeten stellen dat de goederen in het bijzonder in aanmerking komen om aan hem, of aan de deelgenoot voor wie hij optreedt, te worden toebedeeld.⁸⁰⁰ Hij zal deze stelling gemotiveerd moeten onderbouwen door de reden aan te geven waarom hij meent dat dit het geval is. Hij kan bijvoorbeeld stellen dat hij deze goederen goed kan gebruiken, of dat deze goederen een bijzondere affectieve waarde voor hem vertegenwoordigen. De eis dat de aspirant-beslaglegger moet stellen dat de goederen gemeenschappelijk zijn en dat deze goederen in het bijzonder in aanmerking moeten komen om aan hem of de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt te worden toebedeeld, sluit aan bij art. 734 lid 4 Rv. Daarin wordt voor het beslag tot afgifte en levering bepaald dat de aspirant-beslaglegger duidelijk moet maken op welke goederen hij beslag legt.⁸⁰¹

767. De verzoeker moet voorts stellen dat hij het recht heeft om verdeling van de gemeenschap te vorderen. Zo dit recht nog niet bestaat, en de verzoeker dus slechts het recht heeft om onder voorwaarde of tijdsbepaling verdeling te vorderen,⁸⁰² zal dit in het verzoekschrift moeten worden vermeld. Bovendien moet hij in dat geval vermelden welke voorwaarden moeten zijn vervuld of welk tijdsverloop moet zijn verstreken wil hij verdeling kunnen vorderen.

768. Voor het beslag tot afgifte en levering en dus ook voor het deelgenotenbeslag geldt de eis van gegronde vrees voor verduistering niet (art. 734 lid 4 Rv). De reden hiervoor blijkt niet duidelijk uit de parlementaire geschiedenis. Volstaan wordt met de opmerking dat deze eis 'hier niet op zijn plaats'⁸⁰³ is. De verklaring voor het ontbreken van de eis van vrees voor verduistering lijkt mij dat de vordering van de beslaglegger voldoende rechtvaardiging voor het beslag

⁸⁰⁰ Zie over de vraag wanneer dit het geval is nr. 515-517.

⁸⁰¹ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 336.

⁸⁰² Zie nr. 589-606.

⁸⁰³ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 336.

vormt. De vordering van de beslaglegger kan een goederenrechtelijke vordering zijn om te worden hersteld in de goederenrechtelijke relatie die hij met het goed heeft, waarbij bijvoorbeeld te denken valt aan de revindicatie. In dat geval heeft de beslagene in het geheel geen bevoegdheden ten aanzien van het goed. Het beslag behoeft daarom geen verdere rechtvaardiging. De vordering van de beslaglegger kan ook een persoonlijke vordering zijn tot levering van het goed. In dat geval heeft de beslaglegger weliswaar bevoegdheden ten aanzien van het goed, maar behoort hij deze bevoegdheden niet ten nadele van de beslaglegger uit te oefenen. In beide gevallen wordt het beslag al gerechtvaardigd door de vordering van de beslaglegger. Uiteraard geldt wel de voorwaarde dat de feiten waarop deze vordering is gestoeld voldoende aannemelijk zijn.

2.3 *Bijzondere eisen voor het maritale beslag*

769. Voor de inhoud van het verzoek tot het verkrijgen van verlof tot het leggen van maritaal beslag geldt nog een aantal bijzondere eisen.

Art. 768 lid 1 Rv vermeldt dat beslag kan worden gelegd door echtgenoten of gewezen echtgenoten. Hieruit vloeit voort dat de aspirant-beslaglegger moet vermelden dat hij gehuwd is of is geweest met de aspirant beslagene, dan wel dat hij op basis van rechtsopvolging onder algemene titel de positie van echtgenoot in vermogensrechtelijke zin heeft overgenomen en reeds voor deze overname een echtscheidingsprocedure is ingesteld.⁸⁰⁴

Willen goederen vatbaar zijn voor maritaal beslag, dan moeten zij behoren tot een tussen de echtgenoten bestaande huwelijksgemeenschap. Hierboven is gebleken dat onder dit begrip niet alleen de algemene en de beperkte huwelijksgemeenschappen vallen, maar ook een eventuele eenvoudige gemeenschap die tussen de echtgenoten bestaat.⁸⁰⁵ Als tussen de echtgenoten huwelijkse voorwaarden zijn overeengekomen, doet de beslaglegger er goed aan om deze zo mogelijk over te leggen. Ook doet hij er verstandig aan om aan te geven of, en zo ja wanneer, deze huwelijkse voorwaarden zijn ingeschreven.

2.3.1 *Vrees voor verduistering*

770. Art. 768 lid 3 Rv bepaalt dat de voorzieningenrechter slechts verlof verleent indien de verzoeker aantoont dat gegronde vrees voor verduistering van de goederen der gemeenschap bestaat. De eis van vrees voor verduistering bij maritaal beslag roept twee vragen op. Allereerst de vraag wanneer er sprake is van vrees voor verduistering. Voorts kan de vraag worden gesteld of deze eis wel in alle gevallen van maritaal beslag is gerechtvaardigd.

⁸⁰⁴ Zie hierover nr. 632-647 ten aanzien van rechtsopvolging onder algemene titel en nr. 648-652 ten aanzien van rechtsopvolging onder bijzondere titel.

⁸⁰⁵ Zie nr. 531-534.

Wanneer is sprake van vrees voor verduistering?

771. De eis dat sprake moet zijn van vrees voor verduistering, komt niet alleen bij maritaal beslag voor. De eis wordt ook gesteld bij een aantal conservatoire verhaalsbeslagen (art. 711 lid 1, 714 en 725 Rv). Daarnaast bepaalt art. 10 lid 1 aanhef en onder b IW 1990 dat een belastingaanslag direct invorderbaar is als de Ontvanger:

‘aannemelijk maakt dat gegronde vrees bestaat dat goederen van de belastingschuldige zullen worden verduisterd’.

De vraag wanneer sprake is van vrees voor verduistering valt in drie subvragen uiteen. Ten eerste de vraag wat wordt bedoeld met ‘verduistering’. Vervolgens de vraag waarom de wettekst spreekt van ‘vrees voor’ verduistering. Ten slotte rijst de vraag hoeveel of de eis van vrees voor verduistering voorstelt.

772. Uit rechtspraak en literatuur blijkt dat met ‘verduistering’ niet het strafrechtelijk delict van art. 321 e.v. Sr wordt bedoeld.⁸⁰⁶ Evenmin behoeft sprake te zijn van kwade trouw aan de zijde van de debiteur.⁸⁰⁷ Voldoende voor verduistering is het enkele door de debiteur onttrekken van zijn goederen aan het verhaal van zijn crediteuren.⁸⁰⁸ Voor het maritale beslag betekent dit dat de echtgenoot ten laste van wie het beslag zal worden gelegd de goederen aan de boedel zal onttrekken, zodat zij niet meer beschikbaar zijn bij de verdeling. Aangezien maritaal beslag niet (meer) beschermt tegen de uitwinning van de beslagen goederen door de schuldeisers die zich op de goederen van de gemeenschap kunnen verhalen,⁸⁰⁹ moet onder het onttrekken van de goederen worden verstaan het juridisch of feitelijk vervreemden van de goederen of het verrichten van handelingen die hiermee gelijk moeten worden gesteld, en niet het aangaan van schulden die op de goederen kunnen worden verhaald.

773. Gezien deze inhoud van het begrip ‘verduistering’ is het te betreuren dat de wetgever heeft vastgehouden aan de uit de negentiende eeuw stammende bewoordingen ‘vrees voor verduistering’. Een schuldenaar zal het over het algemeen als grievend ervaren een stuk te ontvangen waarin hij wordt beticht van ‘verduistering’. Dit zal zijn schikkingsbereidheid niet bevorderen.⁸¹⁰ Bij een maritaal beslag is dit probleem van nog groter belang dan bij een verhaalsbeslag. De verdelingsprocedure gaat immers ervan uit dat de deelgenoten na het verkrijgen van een bevel tot verdeling ten overstaan van een notaris door onderhande-

⁸⁰⁶ Oudelaar 2000, p. 130, Broekveldt 2003, p. 647.

⁸⁰⁷ Jansen 1990, p. 325-326.

⁸⁰⁸ HR 2 april 1936, NJ 1936, 758 (*Fox/Dominium II*). Zie over deze eis Van Oosten 2004, p. 440, Broekveldt 2003, p. 647, Ynzonides 2001, p. 107-108, Oudelaar 2000, p. 130.

⁸⁰⁹ Zie nr. 504.

⁸¹⁰ Hierbij moet ik vermelden dat ik uit de praktijk heb begrepen dat het beslag zelf de schikkingbereidheid van de schuldenaar over het algemeen wel bevordert.

ling tot een verdeling komen. Pas als de deelgenoten niet tot een verdeling kunnen komen, kan de rechter de verdeling vaststellen. Deze gang van zaken verlicht de werkdruk van de rechterlijke macht. Deze opzet wordt doorkruist als partijen niet tot een verdeling kunnen komen doordat de formulering van het beslagrekest de relatie tussen partijen (verder) verzuurt. Een oplossing zou kunnen zijn om de woorden ‘vrees voor verduistering’ zelf te vermijden en in het beslagrekest enkel de omstandigheden te stellen die tot de vrees voor verduistering leiden. Eventueel kan door een verwijzing naar de wettekst de rechter erop worden geattendeerd dat de aspirant-beslaglegger wel degelijk doelt op het vereiste van vrees voor verduistering. Deze handelwijze roept echter weer nieuwe problemen op.⁸¹¹ Ingrijpen door de wetgever lijkt daarom de aangegeven weg. De wetgever zou de term ‘vrees voor verduistering’ bij het verhaalsbeslag moeten vervangen door de term ‘vrees dat de schuldenaar goederen aan verhaal zal onttrekken’. Voor het maritaal beslag zou hiervoor moeten worden gelezen: ‘vrees dat de (gewezen) echtgenoot goederen aan de gemeenschap zal onttrekken’.

774. De eis dat sprake moet zijn van *vrees voor* verduistering, moet worden begrepen in het licht van het recht daterend van vóór de Lex Hartogh. Toen bepaalde art. 727 (oud) Rv dat conservatoir beslag in burgerlijke zaken enkel mogelijk was indien de schuldeiser aantoonde dat zijn schuldenaar ‘heeft aangevangen met het verduisteren van zijne roerende goederen.’ Dat de schuldenaar met verduistering was begonnen moest blijken ‘door uitwendige daden’.⁸¹² Sinds de Lex Hartogh geldt het vereiste van *vrees* voor verduistering. Het is dus niet langer nodig dat de schuldenaar een begin heeft gemaakt met de verduistering.⁸¹³

775. In de literatuur treft men wel de mening aan dat de eis van vrees voor verduistering niet veel (meer) voorstelt.⁸¹⁴ Deze opvatting is terug te voeren op het feit dat de voorzieningenrechter ingevolge art. 700 Rv beslist na summier onderzoek, hetgeen betekent dat hij in de regel op de juistheid van de stellingen van de verzoeker en de door deze overgelegde stukken mag afgaan.⁸¹⁵ Mijns in-

⁸¹¹ Vgl. Hof ’s-Gravenhage 14 september 2006, *NJF* 2006, 534, waarin het hof een gelegd beslag opheft, nu in het beslagrekest geen vrees voor verduistering was gesteld.

⁸¹² Van den Honert Thz 1839, p. 690 en 691.

⁸¹³ Vgl. Hartogh & Cosman 1897, p. XXX en 208-209.

⁸¹⁴ Van Mierlo 2006b, Inleiding conservatoir beslagrecht, aant. 2. Vgl. voor het maritale beslag Keijser 2003, p. 202, die stelt dat in de praktijk niet te hoge eisen worden gesteld aan de mate waarin de aspirant-beslaglegger zijn vrees voor verduistering aannemelijk maakt.

⁸¹⁵ Zie nr. 799. Er is wel betoogd dat de eis van vrees voor verduistering ‘tot een dode letter is verworden’. Dit lijkt niet geheel juist. In elk geval mag de stelling dat vrees voor verduistering bestaat niet in het beslagrekest ontbreken; vgl. Hof ’s-Gravenhage 14 september 2006, *NJF* 2006, 534. In de gepubliceerde rechtspraak zijn de nodige voorbeelden te vinden waarin een verlov tot het leggen van beslag wordt geweigerd of waarin

ziens moet de voorzieningenrechter echter zelfstandig toetsen of uit de door de verzoeker gestelde feiten daadwerkelijk vrees voor verduistering voortvloeit.⁸¹⁶ De wet eist immers niet de enkele subjectieve vrees voor verduistering aan de zijde van de debiteur, maar eist bovendien dat deze ‘gegrond’ is. Dit duidt op een toetsing naar objectieve maatstaven. Daarbij komt dat het Nederlandse liberale stelsel van conservatoir beslagrecht in vergelijking met dat in de ons omringende landen nogal uit de pas loopt.⁸¹⁷

Is de eis van vrees voor verduistering bij maritaal beslag in alle gevallen gerechtvaardigd?

776. Ook voor maritaal beslag geldt, net als voor andere conservatoire beslagen, de eis van vrees voor verduistering. Deze eis is terug te voeren op de Lex Hartogh. Zoals ik hierboven al heb beschreven verving Hartogh voor het conservatoire verhaalsbeslag de eis dat de schuldenaar een begin moest hebben gemaakt met de verduistering van zijn goederen door de eis van vrees voor verduistering.⁸¹⁸ Ook aan de mogelijkheid tot het leggen van maritaal beslag verbond Hartogh deze voorwaarde, doch alleen voor maritaal beslag dat werd gelegd in het kader van een procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed. De eis gold niet voor een maritaal beslag dat werd gelegd in het kader van een procedure tot scheiding der goederen (vgl. de opheffing van de gemeenschap bij beschikking). Hartogh was namelijk van mening dat in deze eerste twee gevallen het maritale beslag een nadere legitimatie behoeft. Scheiding der goederen kon immers alleen worden gevorderd in geval van – kort gezegd – wanbeheer door de man. In dat geval behoeft het beslag in de ogen van Hartogh geen nadere legitimatie.⁸¹⁹

een beslag wordt opgeheven omdat vrees voor verduistering ontbreekt; zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2007, *JOR* 2007, 78, m.nt. A.J. Verdaas, *IER* 2007, 50, m.nt. Th. van Engelen.

⁸¹⁶ Vgl. Hof 's-Gravenhage 2 maart 2006, *NJF* 2006, 343 en Oudelaar 2000, p. 130. Vgl. ook Hartogh & Cosman 1897, p. 209, waar wordt opgemerkt dat tijdens de behandeling van de Lex Hartogh het denkbeeld dat beslag zou moeten worden toegelaten als dat ‘nodig is voor de zekerheid der schuldvordering’ expliciet is verworpen, omdat in dat geval verlof vrijwel altijd zou moeten worden verleend.

⁸¹⁷ Huydecoper 2006, p. 19-21, die dan ook (p. 28) een herbezinning bepleit.

⁸¹⁸ Zie nr. 774.

⁸¹⁹ Aanvankelijk gold deze eis op grond van art. 825 (oud) Rv alleen voor maritaal beslag dat werd gelegd in het kader van een echtscheiding of een scheiding van tafel en bed en niet in het kader van een scheiding der goederen en niet voor het maritale beslag dat werd gelegd in het kader van een procedure tot scheiding der goederen (opheffing van de gemeenschap). Dit hoeft niet te verbazen. Scheiding der goederen was immers alleen mogelijk in het geval van verspilling of slecht beheer van de goederen van de gemeenschap (art. 241 BW (oud)). In die gevallen is vrees voor verduistering min of meer gegeven. Vgl. Hartogh & Cosman 1897, p. XXXIII en 267 en Cleveringa 1972, art. 825, aant. 3. Sinds de herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht (*Stb.*

777. De gedachte van Hartogh dat maritaal beslag een (nadere) legitimatie behoeft, is nog steeds actueel. Bij de behandeling van het oorspronkelijk wetsvoorstel tot herziening van het scheidingsprocesrecht⁸²⁰ is door de Tweede Kamer de vraag gesteld of het criterium van gegronde vrees voor verduistering wel moest worden gehandhaafd, aangezien dit criterium door de rechtspraak al tot een dode letter zou zijn gekwalificeerd.⁸²¹ Van regeringszijde werd geantwoord dat maritaal beslag niet door de scheidings situatie zelf wordt gerechtvaardigd en dat daarom een parallel kan worden getrokken met conservatoir verhaalsbeslag op roerende en onroerende zaken. Ook daar geldt de eis van gegronde vrees voor verduistering. Men wilde hier zo nauw mogelijk bij aansluiten.⁸²² Het wetsvoorstel is uiteindelijk geen wet geworden, in plaats daarvan is een tweede wetsvoorstel tot herziening van het scheidingsprocesrecht ingediend.⁸²³ Dit wetsvoorstel heeft het wel tot wet gebracht. In deze wet is vastgehouden aan de eis van vrees voor verduistering en wordt, net als bij wetsvoorstel 19 242, deze eis zelfs ook gesteld aan maritaal beslag dat wordt gelegd in het kader van een procedure tot opheffing van de gemeenschap.

778. Beslag perkt de rechten van de beslagene in. Om die reden wordt wel verdedigd dat beslag een legitimatie behoeft. Deze gedachte onderschrijf ik van harte.⁸²⁴ In de ons omringende landen wordt een vergelijkbare eis gesteld.⁸²⁵ Op deze wijze wordt een afweging bewerkstelligd tussen het recht van de schuldenaar op het gebruik en genot van zijn vermogen en het (toekomstige) verhaalsrecht van de schuldeiser op dat vermogen. Het evenwicht dat tussen deze twee rechten wordt gevonden is dat normaal gebruik van het vermogen weliswaar is toegestaan, maar dat gebruik waarmee de schuldeiser ernstig wordt benadeeld door een beslag kan worden voorkomen. Desondanks zijn er vier gevallen aan te wijzen, waarin het de vraag is of deze eis op zijn plaats is. Ik doel op de gevallen waarin:

- a. maritaal derdenbeslag⁸²⁶ wordt gelegd;
- b. maritaal vreemdelingenbeslag wordt gelegd;

1994, 570) bepaalt de wet dat in alle gevallen de aspirant-beslaglegger vrees voor verduistering moet stellen.

⁸²⁰ Wetsvoorstel tot herziening van het scheidingsprocesrecht, *Kamerstukken II* 1985/86-1987/88, 19 242, nr. 1-13 en *Kamerstukken I* 1987/88-1988/89, 19 242, nr. 129a-75c.

⁸²¹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 242, nr. 5, p. 11.

⁸²² *Kamerstukken II* 1986/87, 19 242, nr. 6, p. 9.

⁸²³ Wetsvoorstel tot herziening van het scheidingsprocesrecht, *Kamerstukken II* 1990/91-1991/92, 21 881, nr. 1-14 en *Kamerstukken I* 1991/92, 21 881, nr. 230-230b.

⁸²⁴ Vgl. ook Broekveldt 2003, p. 646.

⁸²⁵ Huydecoper 2006, p. 17-20.

⁸²⁶ Tevens kan worden gedacht aan andere gevallen waarin de eis van vrees voor verduistering niet geldt voor een vergelijkbaar verhaalsbeslag. Men denke aan maritaal eigenbeslag en maritaal beslag op zeeschepen.

- c. maritaal beslag wordt gelegd in het kader van een procedure tot opheffing van de gemeenschap bij beschikking; en
- d. het maritale beslag trekken krijgt van het beslag tot afgifte en levering.

779. In het geval van maritaal derdenbeslag bestaat in de literatuur geen overeenstemming over het antwoord op de vraag of hiervoor de eis van vrees voor verduistering geldt.⁸²⁷ Bij een derdenverhaalsbeslag geldt de eis van vrees voor verduistering niet. Aangezien de regeling van maritaal beslag beoogt aan te sluiten bij de regeling van het verhaalsbeslag, zou dit betekenen dat geen vrees voor verduistering behoeft te worden gesteld. Uit de wettekst vloeit echter het tegengestelde voort. Gezien de opvatting van regeringszijde dat maritaal beslag een rechtvaardiging behoeft en het feit dat de wetgever ervoor heeft gekozen deze eis expliciet in de wet vast te leggen en niet te volstaan met schakelbepalingen, ben ik van mening dat thans bij maritaal derdenbeslag deze eis wél geldt.

780. Een andere vraag is of de eis van vrees voor verduistering bij maritaal derdenbeslag moet worden gehandhaafd. Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden. In de literatuur heb ik geen overtuigende redenen kunnen vinden waarom bij derdenverhaalsbeslag de eis van vrees voor verduistering niet wordt gesteld.⁸²⁸ Het lijkt alsof het ontbreken van deze eis berust op een historische toevalligheid en niet op een afgewogen keuze van de wetgever. Het ontbreken van de eis van vrees voor verduistering is terug te voeren op het niet opnemen van een dergelijke eis in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1838. Het is denkbaar dat de gedachte leefde dat derdenbeslag minder belastend is voor de schuldenaar dan het beslag op gelden of goederen die zich onder hemzelf bevinden. Men zou in de negentiende-eeuwse context kunnen stellen dat het feit dat gelden of goederen zich onder een derde bevinden inhoudt dat de schuldenaar deze gelden en goederen niet dagelijks nodig heeft. Dat wil echter niet zeggen dat de wetgever in 1838 van mening was dat conservatoir derdenbeslag te allen tijde mogelijk moest zijn. Integendeel, de wetgever was wel degelijk van mening dat derdenbeslag niet mocht worden misbruikt. Men liet alleen het oordeel of in casu derdenbeslag toegestaan was aan de verlofrechter over. De regering gaf aan niet te verwachten dat:

‘de president dit verlof⁸²⁹ zal toestaan, zonder eenig onderzoek of zonder genoegzame grond’.⁸³⁰

⁸²⁷ Van der Lee 1997, p. 17, meent dat de eis van vrees voor verduistering niet geldt. Volgens Broekveldt 2003, p. 646, Van Mierlo 1996, art. 770, aant. 1 en de Beslagsyllabus 2008, p. 20, geldt de eis wél.

⁸²⁸ Zo volstaat Broekveldt met de opmerking dat de eis voor het derdenbeslag als regel niet geldt (Broekveldt 2003, p. 646).

⁸²⁹ Tot het leggen van derdenbeslag, MLT

⁸³⁰ Van den Honert Thz 1839, p. 694.

Uit de parlementaire geschiedenis wordt niet duidelijk waarom men niet een uitdrukkelijke voorwaarde in de wet heeft opgenomen waaraan moest worden voldaan wil derdenbeslag mogelijk zijn. Wellicht heeft dit te maken met het feit dat het toen gangbare criterium – het maken van een begin van verduistering – niet goed bruikbaar is bij derdenbeslag. Immers, het begin van verduistering zal in de regel inhouden dat de debiteur zijn gelden en goederen bij de derde opeist, in welk geval derdenbeslag niet meer mogelijk is. Het door Hartogh ingevoerde begrip ‘vrees voor verduistering’ is wel bruikbaar. Hartogh liet de regeling van het derdenbeslag echter grotendeels ongemoeid.

781. De gedachte dat een beslag op gelden en goederen die zich onder een derde bevinden minder belastend is voor de schuldenaar, gaat thans niet meer op. Anders dan in 1838 heeft iedereen een bankrekening. Het gebruik van deze bankrekening is tegenwoordig onontbeerlijk en beslag op deze bankrekening is thans even belastend als het beslag op de huishoudportemonnee in 1838 was. Het is daarom gewenst dat de wetgever ook bij het derdenbeslag onderscheid maakt tussen aanvaardbaar en onaanvaardbaar beslag. Mijns inziens zou dit onderscheid moeten worden gevonden in het criterium dat gegronde vrees bestaat dat de schuldenaar zijn vermogen aan verhaal dreigt te onttrekken. Voor het maritale derdenbeslag betekent dit dat het criterium ‘vrees voor verduistering’ vooralsnog dient te worden gehandhaafd, behoudens in het hieronder nog te bespreken geval waarin het maritaal beslag het karakter krijgt van een beslag tot afgifte of levering.⁸³¹

782. Ook bij maritaal vreemdelingenbeslag is het onduidelijk of vrees voor verduistering behoeft te worden gesteld. Bij een maritaal vreemdelingenbeslag strijden twee bepalingen om voorrang. Art. 769 lid 1 Rv verklaart op maritaal beslag de regeling van het conservatoire beslag van overeenkomstige toepassing. Dit betekent ook dat art. 765 Rv van toepassing wordt, hetgeen met zich brengt dat voor een maritaal vreemdelingenbeslag geen vrees voor verduistering behoeft te worden gesteld. Daar staat tegenover dat art. 769 lid 1 Rv zelf bepaalt dat bij maritaal beslag in alle gevallen vrees voor verduistering moet worden gesteld. Afhankelijk van de vraag welke bepaling men voorrang wil geven, moet in het beslagrekest tot het leggen van maritaal vreemdelingenbeslag wel of geen vrees voor verduistering te worden gesteld. Ik ben van mening dat er geen vrees voor verduistering behoeft te worden gesteld.⁸³² Ik geef daarbij voorrang aan de ratio van de regeling van het vreemdelingenbeslag. Deze ratio is een rationele vorm van xenofobie. Voor de vreemdeling is het nu eenmaal eenvoudig om zijn

⁸³¹ Zie nr. 784.

⁸³² Hof 's-Gravenhage 9 december 1987, *NIPR* 1988, 299, nam het tegengestelde standpunt in. Aan de opheffing van het maritaal vreemdelingenbeslag legde het hof mede ten grondslag dat vrees voor verduistering noch is gesteld, noch is gebleken.

goederen aan verhaal door zijn (Nederlandse) schuldeisers te onttrekken. Daarmee is vrees voor verduistering in feite gegeven.⁸³³ Deze ratio geldt ook voor de buitenlandse (gewezen) echtgenoot. Ook voor deze is het eenvoudig om de goederen van de gemeenschap, of de opbrengst daarvan naar het buitenland te verplaatsen en zo de rechten van de andere echtgenoot in te korten.

783. Wanneer maritaal beslag wordt gelegd in het kader van een procedure tot opheffing van de gemeenschap is de eis van vrees voor verduistering minder op zijn plaats. De reden hiervoor is dat opheffing van de gemeenschap bij beschikking slechts kan worden verzocht als, in de woorden van art. 1:109 BW,

‘de andere echtgenoot op lichtvaardige wijze schulden maakt, de goederen der gemeenschap verspilt, handelingen verricht, die kennelijk indruisen tegen het bestuur van de andere echtgenoot over goederen der gemeenschap, of weigert de nodige inlichtingen te geven omtrent de stand van de goederen der gemeenschap en van de daarop verhaalbare schulden en het over die goederen gevoerde bestuur.’

Hierin ligt de vrees voor verduistering al besloten. Zolang de verlofrechter summier toetst of de gronden voor toewijzing van het verzoek tot opheffing van de gemeenschap aanwezig zijn, is het niet nodig dat hij ook toetst of vrees voor verduistering bestaat.⁸³⁴ Deze toetsing kan dan ook achterwege blijven.

784. Het vierde en meest principiële geval waarin het stellen van de eis van gegronde vrees voor verduistering minder op zijn plaats is, betreft de situatie waarin het maritale beslag trekken krijgt van het beslag tot afgifte en levering. Voor dit beslag geldt de eis van vrees voor verduistering niet,⁸³⁵ omdat de beslagene hetzij in het geheel hetzij in zijn verhouding tot de beslaglegger niet over het goed mag beschikken. Bij het maritale beslag doet deze situatie zich in elk geval voor na de ontbinding van de gemeenschap. Na de ontbinding van de gemeenschap zijn de echtgenoten immers alleen gezamenlijk bevoegd om over de gemeenschapsgoederen te beschikken of om met beschikken gelijk te stellen handelingen te verrichten (art. 3:170 lid 3 jo. art. 3:189 lid 2 BW). Ook vóór de ontbinding van de gemeenschap kan zich de situatie voordoen dat maritaal beslag wordt gelegd op goederen ten aanzien waarvan de beslagen echtgenoot niet beschikkingsbevoegd is. Dit is het geval als de beslaglegger maritaal beslag legt op goederen die onder zijn eigen bestuur staan. In beide gevallen formaliseert het maritale beslag slechts hetgeen op basis van de bestuursverdeling reeds

⁸³³ Wel moet worden bedacht dat de regeling van het vreemdelingenbeslag niet mag worden toegepast voor zover de vreemdeling woonplaats heeft in een lidstaat van de Europese Unie, zie Hof van Justitie EG 10 februari 1994, *NJ* 1994, 385, m.nt. J.C. Schultsz en B.H. ter Kuile (*Mund & Fester/Hatrex*).

⁸³⁴ Tot de inwerkingtreding van de Wet tot herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht gold deze eis dan ook niet; zie voetnoot 819.

⁸³⁵ Zie nr. 764.

geldt.⁸³⁶ In deze situatie dient mijns inziens geen eis van vrees voor verduistering te worden gesteld. De rechten van de beslage worden in deze situatie immers niet bekort.

2.4 Gebrekkige verzoekschriften

785. De verzoekschriftprocedure kent geen nietigheidsregeling. Gebreken in het verzoekschrift leiden dus niet tot nietigheid van het verzoekschrift. In de regel zullen gebreken in een verzoekschrift ook niet tot niet-ontvankelijkheid leiden. In plaats daarvan zal de rechter zo nodig herstel bevelen. Volgens de Hoge Raad leidt een gebrek in een verzoekschrift slechts in twee gevallen tot niet-ontvankelijkheid: als deze sanctie door een wettelijk voorschrift wordt voorgeschreven, of als de aard van het gebrek in het verzoekschrift een zodanige schending van de goede procesorde oplevert dat daarmee een niet-ontvankelijkheidsverklaring is gerechtvaardigd.⁸³⁷ Een voorbeeld van een geval waar een dergelijke sanctie bestaat, is het achterwege blijven van een handtekening van een procureur op het verzoekschrift. Art. 281 Rv bepaalt dat de rechter de verzoeker de gelegenheid biedt dit te herstellen. Laat de verzoeker dit na, dan wordt hij in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaard.⁸³⁸ Andere sancties op het gebrek in het

⁸³⁶ Na invoering van de derde tranche verandert deze situatie in die zin dat het indienen van het verzoek tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed er reeds toe leidt dat de huwelijksgemeenschap als ontbonden geldt.

⁸³⁷ HR 25 januari 2002, *NJ* 2002, 119, HR 5 december 2003, *NJ* 2005, 480 en HR 14 januari 2005, *NJ* 2005, 481, m.nt. W.D.H. Asser.

⁸³⁸ Reeds vóór de inwerkingtreding van het huidige procesrecht op 1 januari 2002 (*Stb.* 2001, 580) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een cassatieverzoekschrift dat niet is ondertekend door een advocaat bij de Hoge Raad (vgl. art. 426a Rv) leidt tot niet-ontvankelijkheid; zie bijv. HR 14 januari 1977, *NJ* 1977, 424 (*Asuncion Fishing Corporation*), HR 7 oktober 1977, *NJ* 1978, 202, en recenter HR 1 maart 2002, *NJ* 2002, 172). Thans geeft de Hoge Raad de mogelijkheid van herstel door het binnen 'korte tijd' indienen van een wél ondertekend verzoekschrift; zie HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 565 (*Cassatieschriftuur uit Zeist*), HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 143 (*X/Eigen Haard*) en HR 16 december 2005, *NJ* 2006, 7 (*Handtekening mr. Vijftigschild*). Waarbij moet worden opgemerkt dat het in deze zaken steeds de situatie betreft waarin het ontbreken van de handtekening verband houdt met het indienen van het verzoekschrift per fax. (In een dergelijk geval ontbreekt de handtekening per definitie, aangezien het door de griffie ontvangen exemplaar alleen een faxkopie van de handtekening bevat.)

Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad na de inwerkingtreding van het nieuwe procesrecht op 1 januari 2002 niet art. 281 Rv is gaan toepassen. Art. 281 Rv bepaalt dat bij het ontbreken van de handtekening van een advocaat de rechter de verzoeker een termijn stelt om het verzoekschrift te herstellen. Pas na verloop van deze termijn wordt de verzoeker niet-ontvankelijk verklaard. De Hoge Raad acht wél herstel mogelijk, maar stelt, voor zover ik kan nagaan, geen termijn. De Hoge Raad kan worden toegegeven dat art. 281 Rv niet van toepassing is op de procedure in cassatie. Ten eerste ziet art. 281 Rv alleen op de eerste aanleg en op hoger beroep (art. 362 jo. 281 Rv). Voor de cassatieprocedure in rekestzaken ontbreekt een schakelbepaling die art. 281 Rv van toepassing verklaard. Ten tweede ziet art. 281 Rv op het ontbreken van de handtekening van een 'gewone' advo-

verzoekschrift zijn wel mogelijk. De rechter kan bijvoorbeeld stukken buiten beschouwing laten, of in de kostenveroordeling rekening houden met het indienen van een verzoekschrift met gebreken.

786. Voor het beslagverlof zal het indienen van een verzoekschrift met gebreken in de regel geen problemen oproepen. Een beslagrekest hoeft niet binnen een bepaalde termijn te worden ingediend. Wel vertraagt dit uiteraard de verlofverlening. Gedurende de tijd dat nog geen verlof is verleend, is het voor de overige deelgenoten mogelijk om gemeenschapsgoederen weg te maken.

3 Bevoegde rechter

787. Het beslagrekest moet worden ingediend bij de bevoegde voorzieningenrechter. In deze paragraaf behandel ik achtereenvolgens de vraag bij welke rechter het verzoek tot het leggen van deelgenotenbeslag (3.1) respectievelijk maritaal beslag (3.2) moet worden ingediend. Daarna beantwoord ik de vraag wat rechtsens geldt indien het verzoek bij een onbevoegde rechter wordt ingediend (3.3).

3.1 Deelgenotenbeslag

788. De voorzieningenrechter is, blijkens art. 700 lid 1 Rv absoluut bevoegd om een verzoek tot het leggen van deelgenotenbeslag te behandelen. De relatieve bevoegdheid wordt bepaald door het object van beslaglegging. Onderscheid moet worden gemaakt tussen het beslag op zaken en het beslag op andere goederen dan zaken, bijvoorbeeld vorderingen.⁸³⁹ Wordt beslag op zaken gelegd, dan is de bevoegde rechter de voorzieningenrechter van de rechtbank binnen welker rechtsgebied zich één of meer van de zaken bevinden. Wordt beslag gelegd op andere goederen dan zaken, dan is bevoegde rechter de voorzieningenrechter van hetzij de rechtbank van de woonplaats van degene of degenen onder wie het beslag wordt gelegd, hetzij de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar. Bij deelgenotenbeslag moet het woord ‘schuldenaar’ worden gelezen als ‘de deelgeno(o)t(en) ten laste van wie beslag wordt gelegd’.⁸⁴⁰ Wordt beslag gelegd ten laste van meer deelgenoten, dan kan mijns inziens in meer arrondissementen verlof tot het leggen van beslag worden verzocht. Tegen een dergelijke cumulatie bestaat geen bezwaar.⁸⁴¹

caat, terwijl in cassatie een ‘advocaat bij de Hoge Raad’ optreedt. Desondanks ben ik van mening dat, gezien de geest van art. 281 Rv, de toepassing van de ‘korte tijd voor herstel’-regel door de Hoge Raad, op zaken die zijn aangebracht na de inwerkingtreding van het nieuwe procesrecht, onjuist is.

⁸³⁹ Voor de goede orde merk ik op dat ook een derdebeslag op een zaak een beslag op een zaak als bedoeld in art. 700 lid 1 Rv is. Vgl. Ynzonides 2001, p. 94.

⁸⁴⁰ Zie over de vraag welke deelgenoten dit zijn nr. 736.

⁸⁴¹ Vgl. HR 11 september 1998, NJ 1999, 363 (*Duwboot Corviglia*).

789. De tekst van art. 700 lid 1 Rv maakt niet duidelijk wat rechtens is als tegelijkertijd verlot wordt gevraagd voor beslag op zaken en beslag op andere goederen dan zaken. In literatuur en rechtspraak wordt er doorgaans van uitgegaan dat in een dergelijk geval alle door art. 700 lid 1 aangewezen voorzieningenrechters cumulatief bevoegd zijn.⁸⁴²

790. In een enkel geval zijn buiten de bovengenoemde voorzieningenrechters nog anderen relatief bevoegd. Zulks is het geval bij het beslag op schepen en luchtvaartuigen. Art. 728 en 729d Rv bepalen dat de voorzieningenrechter van de rechtbank binnen welker rechtsgebied het schip respectievelijk het luchtvaartuig wordt verwacht ‘mede’ bevoegd is om verlot te verlenen. Uit het woordje ‘mede’ blijkt dat het hier gaat om een additionele bevoegdheid. Voorzieningenrechters die op andere gronden bevoegd zijn, blijven bevoegd.

3.2 *Maritaal beslag*

791. Ook het verlot tot het leggen van maritaal beslag moet worden verzocht aan de voorzieningenrechter. Voor de relatieve bevoegdheid maakt art. 768 lid 2 Rv onderscheid tussen de situatie waarin de hoofdzaak nog niet aanhangig is en die waarin de hoofdzaak al wel aanhangig is of aanhangig is geweest. In het eerste geval wijst art. 700 lid 1 Rv de bevoegde voorzieningenrechter aan. In het tweede geval is bevoegde rechter de voorzieningenrechter van de rechtbank waar de hoofdzaak aanhangig is (geweest).

792. De vraag welke rechter op grond van 700 lid 1 Rv bevoegd is een beslagrekest te behandelen heb ik hierboven al behandeld.⁸⁴³ Bij maritaal beslag zal in het geval van beslag op andere goederen dan zaken voor de woorden ‘de woonplaats van de schuldenaar’ in art. 700 Rv moeten worden gelezen ‘de woonplaats van de echtgenoot ten laste van wie het beslag zal worden gelegd’.

793. Is de hoofdzaak reeds aanhangig, dan is de voorzieningenrechter van de rechtbank waar de hoofdzaak dient, bevoegd van het verzoekschrift kennis te nemen. Als eis in de hoofdzaak gelden het verzoek tot opheffing van de gemeenschap, scheiding van tafel en bed of echtscheiding (art. 769 lid 1 Rv).⁸⁴⁴ Voor deze verzoeken bepaalt art. 262, aanhef en onder a, Rv dat relatieve bevoegdheid toekomt aan de rechter van de woonplaats van de verzoeker of die van de woonplaats van een in het verzoekschrift genoemde belanghebbende. Dit

⁸⁴² Van Mierlo 2005b, art. 700, aant. 3, Ynzonides 2001, p. 95, Hof Amsterdam 23 januari 2003, *NJKort* 2003, 32, *JBPr* 2003, 29, m.nt. A.W. Jongbloed. Stein 2002, p. 8, geeft aan dat over deze vraag door verschillende voorzieningenrechters verschillend wordt geoordeeld. Ten Haaf 2003, p. 75, geeft juist aan dat de voorzieningenrechter zich doorgaans bevoegd acht.

⁸⁴³ Zie nr. 790 en 791.

⁸⁴⁴ Zie nader nr. 834-841.

betekent in de praktijk de woonplaats van een van beide echtgenoten. In echtscheidingszaken hebben de partijen op basis van art. 270 lid 2 Rv de bevoegdheid om een andere rechter te adieren.

3.2.1 Verlof na hoger beroep of in het geval een buitenlandse rechter over de hoofdzaak oordeelt

794. In een aantal gevallen levert de regel die bevoegdheid verleent aan de voorzieningenrechter van de rechtbank waar de hoofdzaak dient of heeft gediend, problemen op. Ik doel op de gevallen waarin de hoofdzaak in het buitenland dient of waarin van de beslissing in de hoofdzaak inmiddels hoger beroep is ingesteld. In het eerste geval moet verlof worden verzocht bij de volgens art. 700 Rv bevoegde voorzieningenrechter.⁸⁴⁵

795. In het geval waarin tegen de beslissing in de hoofdzaak hoger beroep is ingesteld is het onduidelijk aan wie het verlof moet worden gevraagd. Is dit de voorzieningenrechter van de rechtbank of de voorzieningenrechter van het hof? Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat dit de voorzieningenrechter van de rechtbank moet zijn. De regeling van art. 768 lid 2 Rv voorziet erin dat na het instellen van de hoofdzaak de voorzieningenrechter van de rechtbank waar die hoofdzaak aanhangig is, bevoegd is tot het behandelen van het beslagrekest. Deze regeling is als art. 820 lid 2 (oud) Rv is ingevoerd bij de Wet herziening scheidingsprocesrecht (wetsvoorstel 21 881). In de memorie van toelichting wordt over deze bepaling opgemerkt:

‘Van de gelegenheid is gebruik gemaakt, een duidelijke regeling te treffen voor de relatieve bevoegdheid (...).’⁸⁴⁶

Uit deze toelichting blijkt niet wat rechtens is als een verzoek tot het leggen van maritaal beslag wordt ingediend na hoger beroep tegen een beslissing in de hoofdzaak. De regeling van art. 820 Rv moet echter worden begrepen tegen de achtergrond van het wetsvoorstel Aanpassing scheidingsprocesrecht (wetsvoorstel 19 242). In dit wetvoorstel was al een inhoudelijk gelijke regeling voor de bevoegdheidsverdeling bij maritaal beslag voorzien. De toelichting bij deze regeling komt woordelijk overeen met de toelichting bij de regeling zoals die is ingevoegd bij de Wet herziening scheidingsprocesrecht.⁸⁴⁷ Uit het systeem van wetsvoorstel 19 242 blijkt echter dat het destijds niet de bedoeling is geweest om ook de behandeling van het verlofrekest na hoger beroep tegen een beslissing in de hoofdzaak bij het hof te concerteren. Dit blijkt als de regeling van art.

⁸⁴⁵ Van der Lee 1997, p. 21-22 met verwijzing naar Hof Amsterdam 26 juni 1964, *NJ* 1971, 113. Vgl. ook Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 1 juli 1974, *NJ* 1974, 537.

⁸⁴⁶ *Kamerstukken II* 1990/91, 21 881, nr. 3, p. 8.

⁸⁴⁷ *Kamerstukken II* 1990/91, 21 881, nr. 3, p. 8 en *Kamerstukken II* 1985/86, 19 242, nr. 3, p. 13.

820 (oud) Rv wordt afgezet tegen de regeling van de voorlopige voorzieningen in het kader van een scheidingsprocedure zoals die was voorzien in wetvoorstel 19 242. In het systeem van wetsvoorstel 19 242 was bevoegd om een dergelijk verzoek te behandelen:

‘de rechtbank of het gerechtshof waarbij dat verzoek⁸⁴⁸ aanhangig is of laatstelijk aanhangig was.’

Bij vergelijking tussen art. 820 lid 2 Rv en de hierboven geciteerde regeling valt op dat deze laatste regeling, in tegenstelling tot art. 820 lid 2 Rv, expliciet voorziet in 's hofs bevoegdheid tot het treffen van een voorlopige voorziening na een hoger beroep in de scheidingszaak. Hieruit blijkt wel dat in het systeem van wetsvoorstel 19 242, het hoger beroep in de scheidingszaak, wél de bevoegdheid schept ten aanzien van in het kader van die scheidingszaak te treffen voorlopige voorzieningen maar niet ten aanzien van het verzoek tot het leggen van maritaal beslag.

796. Men zou kunnen verdedigen dat thans een andere weg moet worden gevolgd en dat nu de voorzieningenrechter van het hof bevoegd moet worden geacht ingeval een beslagrekest wordt ingediend nadat hoger beroep van de hoofdzaak is ingesteld. Aan deze opvatting zijn wellicht enige proceseconomische voordelen verbonden. Desondanks meen ik dat voor toepassing van deze opvatting geen ruimte bestaat. Ten eerste zou toepassing van deze opvatting met zich meebrengen dat de aspirant-beslaglegger een feitelijke instantie wordt ontnomen. Bij afwijzing van het verzoek rest hem immers slechts cassatie. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van het appelverbod, dat ook tot het verlies van een instantie leidt, blijkt dat de Hoge Raad een dergelijk appelverbod zonder wettelijke steun niet snel aanneemt.⁸⁴⁹ Hetzelfde moet *mutatis mutandis* gelden voor gedwongen prolongatie. Daarbij is het maar zeer de vraag of de voorzieningenrechter van het hof in een voorkomend geval de stukken van de hoofdzaak zal raadplegen en zich op de hoogte zal stellen van hetgeen in deze procedure is voorgevallen. Een dergelijke gang van zaken past in elk geval slecht bij de door de wetgever voorgestane summiere toetsing van een verlofverzoek. Bovendien kan men zich de vraag stellen of het wenselijk is om de behandeling van een verzoek tot het leggen van maritaal beslag na hoger beroep tegen een beslissing in de hoofdzaak bij het hof te concentreren, terwijl de wetgever juist heeft besloten om een dergelijke concentratie niet in te voeren bij het

⁸⁴⁸ Gedoeld wordt op het scheidingsverzoek, MLT.

⁸⁴⁹ Vgl. HR 26 juni 1970, *NJ* 1972, 454, waarin de Hoge Raad oordeelt dat een appelverbod ook zonder uitdrukkelijke bepaling denkbaar is als de strekking van een wettelijke regeling ofwel de aard van een beschikking een dergelijk verbod meebrengen. Zie voor een voorbeeld waarin een dergelijk appelverbod werd aangenomen HR 17 juni 1994, *NJ* 1994, 167, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 1995, 283, m.nt. R.D. Vriesendorp (*Rabobank/Sporting Connection*).

verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen in het kader van een scheidingsprocedure.

3.2.2 *Woonplaats van de echtgenoot die de echtelijke woning tijdelijk heeft verlaten*

797. Het vaststellen van de woonplaats van een echtgenoot die de echtelijke woning tijdelijk heeft verlaten kan in de praktijk nog wel eens problemen opleveren. Aangezien de woonplaats van de echtgenoot de relatieve bevoegdheid in een echtscheidingszaak kan bepalen, betekent onzekerheid over de woonplaats van een echtgenoot onzekerheid over de relatieve bevoegdheid van de rechter. Het probleem is dat het niet duidelijk is of een echtgenoot door het verlaten van de echtelijke woning zijn woonplaats verliest. Art. 1:10 lid 1 BW bepaalt namelijk dat een natuurlijk persoon woonplaats heeft ‘te zijner woonstede’, en bij gebreke van woonstede ter plaatse van zijn werkelijk verblijf. Volgens A-G Strikwerda wordt met het begrip ‘woonstede’ bedoeld:

‘de plaats waar iemand naar maatschappelijke opvattingen woont, zijn zaken behartigt, voor het rechtsverkeer steeds bereikbaar is, en waar hij niet vandaan gaat dan met een bepaald doel en tevens met het plan om, als dat doel bereikt is, terug te keren.’⁸⁵⁰

Blijkens art. 1:11 lid 1 BW verliest een natuurlijke persoon zijn woonstede door daden waaruit zijn wil blijkt om haar prijs te geven. Uit het verlaten van de echtelijke woning in het zicht van de echtscheiding kan niet onder alle omstandigheden de wil worden afgeleid om deze woning ook als woonstede op te geven.⁸⁵¹ Het verdient daarom aanbeveling om in het geval waarin de andere echtgenoot tijdelijk de echtelijke woning heeft verlaten, de relatieve bevoegdheid niet te baseren op de woonplaats van deze echtgenoot, maar aan te haken bij de woonplaats van de verzoekende echtgenoot.

3.3 *Onbevoegde rechter*

798. Het indienen van een verzoekschrift bij een absoluut of relatief onbevoegde rechter leidt op basis van art. 72, 73 en 74 Rv tot een onbevoegdverklaring van de rechter, gevolgd door toezending van het verzoekschrift door de griffie aan de wél bevoegde rechter. Deze rechter zal het verzoek (verder) behandelen in de staat waarin de procedure zich bevindt. Uiteraard kan er ook voor worden gekozen een nieuw verzoekschrift in te dienen bij de wel bevoegde rechter. Constateert de voorzieningenrechter de onbevoegdheid niet en verleent hij

⁸⁵⁰ A-G Strikwerda voor HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 282, m.nt. Th.M. de Boer. Vgl. ook HR 19 januari 1880, *W.* 447.

⁸⁵¹ Zie bijv. HR 28 november 1975, *NJ* 1976, 466 (*Maastrichtse woning I*).

verlof, dan leidt dit niet tot nietigheid van het beslag.⁸⁵² Wel kan de rechter nadien, in een kort geding op vordering van een belanghebbende, het beslag opheffen.⁸⁵³

4 Behandeling van het beslagrekest

799. Het verzoekschrift wordt ingediend ter griffie of aan de voorzieningenrechter ter hand gesteld (art. 278 lid 2 Rv). Het verzoekschrift wordt in beginsel behandeld als een gewoon verzoekschrift. Dat wil zeggen dat titel 3 van Boek 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing is, met dien verstand dat ook het bepaalde in art. 700 lid 2 Rv van belang is. Dit artikellid bepaalt dat de voorzieningenrechter beslist na summier onderzoek. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit betekent dat de voorzieningenrechter in de regel mag afgaan op de mededelingen van de verzoeker en de door deze overhandigde stukken.⁸⁵⁴ Dit betekent dat de voorzieningenrechter in de regel het verzoek aanstonds kan toewijzen zodat mondelinge behandeling achterwege kan blijven.⁸⁵⁵

Mondelinge behandeling is wél noodzakelijk als de wet deze voorschrijft. Dit is onder andere het geval bij het verlof tot het leggen van beslag ten laste van een financiële instelling (art. 700 lid 4 Rv) en het verlof tot het leggen van ‘loonbeslag’ (art. 720 jo. art. 475c Rv). Een mondelinge behandeling is ook noodzakelijk als de rechter overweegt het verzoek af te wijzen (art. 279 lid 1 Rv).⁸⁵⁶ In dat geval zal de verzoeker moeten worden gehoord.⁸⁵⁷

800. Het feit dat een mondelinge behandeling achterwege blijft, betekent dat de beslagene niet wordt gehoord. Dit vormt in beginsel een schending van het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv en art. 6 EVRM). Dit beginsel is echter niet absoluut. De schending van het beginsel van hoor en wederhoor wordt gerechtvaardigd door de aard van het verlof.⁸⁵⁸ Zou de aspirant-beslagene immers worden gehoord, dan zou dit hem de mogelijkheid geven om de in beslag te nemen goederen alsnog te verduisteren. Het aanvankelijke gebrek aan

⁸⁵² Hof Leeuwarden 12 september 1990, *KG* 1990, 316 en Hof Amsterdam 23 januari 2003, *NJKort* 2003, 32, *JBP* 2003, 29, m.nt. A.W. Jongbloed.

⁸⁵³ Pres. Rb. Amsterdam 28 november 1997, *KG* 1998, 19 en Hof Amsterdam 23 januari 2003, *NJKort* 2003, 32, *JBP* 2003, 29, m.nt. A.W. Jongbloed.

⁸⁵⁴ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 310.

⁸⁵⁵ Vgl. MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 310, waar nog wordt verwezen naar art. 429f (oud) Rv.

⁸⁵⁶ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 310 en Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 435. Anders: Hof 's-Hertogenbosch 11 november 2003, *JOR* 2004, 27, m.nt. E. Loesberg. Zie over dit arrest ook Beijer & Tuil 2003, p. 191-195.

⁸⁵⁷ De Beslagsyllabus 2008, p. 3 en 4, vermeldt op dit punt dat dit horen telefonisch kan gebeuren en dat de advocaat van de verzoeker beschikbaar moet zijn voor dit verhoor.

⁸⁵⁸ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 435 en Rueb 2005, p. 377.

hoor en wederhoor wordt gerepareerd door de mogelijkheid van het opheffingskortgeding.⁸⁵⁹ De wederpartij kan op eenvoudige wijze het beslag doen opheffen. In de ons omringende landen kiest men voor soortgelijke oplossingen.⁸⁶⁰

5 Rechtsmiddelen

801. Bij de beantwoording van de vraag welke rechtsmiddelen tegen een verlofbeslissing openstaan, moet onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin de rechter het verlof verleent en dat waarin de rechter het verlof weigert. Art. 700 lid 2 Rv stelt namelijk:

‘Tegen een krachtens dit lid gegeven verlof is geen hogere voorziening toegelaten.’

Voor het maritale beslag bevat art. 768 lid 4 Rv een vergelijkbare regeling.

Verleent de rechter het verlof, dan staat, ingevolge art. 700 lid 2 en/of art. 769 lid 4 Rv, in beginsel geen hogere voorziening open. Is het beslag gelegd, dan kan de beslagene wel opheffing van het beslag vorderen (art. 705 Rv). Weigert de rechter het verlof, dan staat voor de verzoeker hoger beroep en cassatie open (art. 358 Rv).⁸⁶¹

802. Blijkens de parlementaire geschiedenis is de ratio van het afsluiten van de mogelijkheid om rechtsmiddelen in te stellen tegen een toewijzende verlofbeschikking tweeledig. Ten eerste wijst de wet een afzonderlijke weg aan om tegen het verlof op te komen, te weten het kort geding als bedoeld in art. 705 Rv. Hier is een grondiger onderzoek mogelijk dan in het geval van de beschikking op het verzoekschrift, waar meestal de wederpartij niet wordt gehoord. Tegen het kortgedingvonnis staat weer hoger beroep open. Ten tweede is het zo dat de verzoeker op het verlof moet voortbouwen door conservatoir beslag te doen leggen. Uit het oogpunt van rechtszekerheid is het niet wenselijk dat de geldigheid van deze maatregel afhangt van een nog lopende hogere voorziening.⁸⁶² Deze ratio ontbreekt als het verlofverzoek op tegenspraak is behandeld. Naar alle waarschijnlijkheid staat in een dergelijk geval wél hoger beroep open.⁸⁶³

⁸⁵⁹ De vraag of het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden moet immers worden bezien in het licht van de gehele procedure; vgl. HR 26 maart 2004, *NJ* 2004, 637, m.nt. J. de Boer (*H./Jeugdzorg Zeeland*).

⁸⁶⁰ Huydecoper 2006, p. 20.

⁸⁶¹ Rueb 2005, 378 en Oudelaar 2000, p. 128.

⁸⁶² MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 68. Voor dit laatste punt wordt in de parlementaire geschiedenis verwezen naar HR 26 juni 1970, *NJ* 1972, 454. Art. 769 lid 4 Rv is op eenzelfde manier toegelicht; zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 487, nr. 6, p. 18 en 19.

⁸⁶³ Vgl. HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197, *Ars Aequi* 2003, 184, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Beta-project*). De uitspraak is gebaseerd op het oude Arubaanse procesrecht, maar is waarschijnlijk ook toepasselijk op het appelverbod op basis van art. 700 Rv, aldus Van Mierlo in noot in *Ars Aequi* en Harreman 2007, p. 103. Vgl. voor het geval waarin (on-

6 Conclusie

803. In dit hoofdstuk is het de procedure die tot het beslagverlof moet leiden aan de orde gekomen. Deze procedure verloopt in hoofdzaak op dezelfde wijze als de procedure die bij een verhaalsbeslag tot een beslagverlof moet leiden. Het belangrijkste verschil is het feit dat, blijkens de tekst van art. 734 lid 4 Rv, bij een deelgenotenbeslag geen vrees voor verduistering behoeft te worden gesteld, terwijl, krachtens art. 768 lid 3 Rv, bij een maritaal beslag altijd deze vrees moet worden gesteld. Dit onderscheid laat zich verklaren doordat het deelgenotenbeslag in de regel wordt gelegd op het moment dat voor de gemeenschap een collectieve bestuursverdeling geldt, hetgeen betekent dat het beslag de rechten van de deelgenoten nauwelijks beperkt. Maritaal beslag wordt gewoonlijk gelegd op het moment dat de privatieve bestuursverdeling nog geldt, hetgeen betekent dat althans ingeval beslag wordt gelegd onder de bestuursbevoegde echtgenoot, het beslag de rechten van de beslagene wél inkort. Wordt echter beslag gelegd in een atypische situatie, dan zou de eis van vrees voor verduistering anders moeten worden gehanteerd. Bij anticiperend deelgenotenbeslag moet wél de eis van vrees voor verduistering gelden, terwijl geen eis van vrees voor verduistering zou moeten gelden bij maritaal beslag op het goed dat onder bestuur van de beslaglegger staat en bij maritaal beslag dat wordt gelegd na de ontbinding van de gemeenschap. Hetzelfde geldt als maritaal beslag wordt gelegd in het kader van een procedure tot opheffing van de gemeenschap. Bovendien is gebleken dat de vrees voor verduistering bij maritaal beslag soms botst met de regels van het verhaalsbeslag. Uit art. 768 lid 3 Rv lijkt te volgen dat bij maritaal derdenbeslag en maritaal vreemdelingenbeslag wél vrees voor verduistering behoeft te worden gesteld, terwijl deze eis niet wordt gesteld als dezelfde beslagen in de vorm van een verhaalsbeslag worden gelegd. Gebleken is dat bij maritaal vreemdelingenbeslag het voorschrift van art. 765 Rv voorrang krijgt en geen vrees voor verduistering behoeft te worden gesteld, terwijl bij maritaal derdenbeslag wél vrees voor verduistering moet worden gesteld.

der het procesrecht van vóór 1992) een beslagverlof in een eis in reconventie was ‘verzocht’ en dus op tegenspraak was behandeld HR 10 januari 1986, *NJ* 1987, 55, m.nt. W.H. Heemskerk (*Van der Weij/Grasso-Drain*), waarin de Hoge Raad ook oordeelt dat in dat geval hoger beroep van het beslagverlof open staat.

VIII. DE EIS IN DE HOOFDZAAK

1 Inleiding

804. Conservatoir beslag wordt doorgaans gelegd met het oog op een procedure waarin de beslaglegger tracht het recht dat hij met zijn beslag probeert veilig te stellen, te verwezenlijken. Deze procedure wordt de hoofdzaak genoemd. Zolang de hoofdzaak loopt, blijft het conservatoire beslag liggen. Wordt in de hoofdzaak uitspraak gedaan, dan zijn er in beginsel twee mogelijkheden. De rechter wijst de vordering toe; het beslag gaat op enig moment over in een executoriaal beslag en de beslaglegger kan overgaan tot executie. Of de rechter wijst de vordering af in kracht van gewijsde, en het beslag vervalt met het in kracht van gewijsde gaan van deze uitspraak (art. 704 Rv). Om te waarborgen dat het beslag niet langer blijft liggen dan nodig is, bepaalt art. 700 lid 3 Rv:

‘Tenzij op het tijdstip van het verlop reeds een eis in de hoofdzaak is ingesteld, wordt het verlop verleend onder voorwaarde dat het instellen daarvan geschiedt binnen een door de voorzieningenrechter daartoe te bepalen termijn (...).’

Zo wordt gegarandeerd dat de hoofdzaak tijdig wordt ingesteld.

805. In dit hoofdstuk behandel ik de vraag welke procedure bij de verdelingsbeslagen als hoofdzaak kan worden aangemerkt. Bij het maritale beslag bepaalt art. 769 lid 1 Rv welke verzoeken als hoofdzaak kunnen gelden, namelijk het echtscheidingsverzoek, het verzoek tot scheiding van tafel en bed en het verzoek tot opheffing van de gemeenschap. Over de precieze toepassing van dit artikel bestaat onduidelijkheid. Bij het deelgenotenbeslag bestaat in het geheel geen duidelijkheid over de vraag wat als hoofdzaak moet worden aangemerkt. Om antwoord te vinden op de vraag welke procedure bij een verdelingsbeslag als eis in de hoofdzaak kan gelden, zal ik eerst in kaart brengen wat het begrip ‘eis in de hoofdzaak’ *in abstracto* inhoudt (2). Daarna zal ik de vraag beantwoorden welke procedures bij het deelgenotenbeslag (3) respectievelijk het maritaal beslag (4) als eis in de hoofdzaak kunnen worden aangemerkt. In dat kader besteed ik ook aandacht aan de situatie waarin beslag dat wordt gelegd nadat de eis in de hoofdzaak is ingesteld. Ik sluit af met een conclusie (5).

2 Eis in de hoofdzaak volgens art. 700 lid 3 Rv

806. Om de vraag te beantwoorden welke vordering bij deelgenotenbeslag of maritaal beslag als eis in de hoofdzaak moet gelden, zal ik eerst het begrip ‘eis in de hoofdzaak’ behandelen zoals dit sinds 1992 vorm heeft gekregen in het beslagrecht. De verplichting om tijdig de eis in de hoofdzaak in te stellen is geïntroduceerd bij de aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering naar aanleiding van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 in het beslagrecht. Deze eis is in de plaats gekomen van de verplichting tot het instellen van de eis

tot vanwaardeverklaring. Vóór 1992 gold namelijk dat de beslaglegger verplicht was binnen acht dagen na het leggen van het beslag de eis tot vanwaardeverklaring in te stellen. In deze procedure controleerde de rechter of bij de beslaglegging aan alle vormvoorschriften was voldaan. Was dit het geval, dan verklaarde de rechter het beslag van waarde. Dit gebeurde onder de voorwaarde dat het materiële recht van de beslaglegger kwam vast te staan.⁸⁶⁴ Dit gebeurde door toewijzing van de eis in de hoofdzaak. In de praktijk werden de vordering tot vanwaardeverklaring en de eis in de hoofdzaak dikwijls in één dagvaardingsprocedure gecombineerd.

807. In de procesrechtelijke literatuur van na 1992 is men het erover eens dat de verplichting tot het instellen van een eis in de hoofdzaak dient ter bescherming van de beslagene. Deze bescherming vindt plaats op twee manieren. Ten eerste wordt de aanspraak van de beslaglegger in de hoofdzaak getoetst.⁸⁶⁵ Dit voorkomt dat de beslagene langer dan noodzakelijk wordt geconfronteerd met een (deels) ten onrechte gelegd beslag.⁸⁶⁶ Het beslag vervalt immers als de eis in de hoofdzaak wordt afgewezen en de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan (art. 704 lid 2 Rv). Ten tweede wordt op deze manier gegarandeerd dat het beslag, zelfs als dit terecht is gelegd, niet langer dan noodzakelijk blijft liggen. Het toewijzen van de eis in de hoofdzaak leidt tot het executoriaal worden van het beslag (art. 704 lid 1 Rv) en, als het goed is, tot verdere executie.⁸⁶⁷

808. Het entameren van een procedure die leidt tot toetsing van de aanspraak van de beslaglegger en, bij gegrondbevinding van deze aanspraak, leidt tot executie door de beslaglegger, kan dus gelden als het instellen van een eis in de hoofdzaak. Dit is het geval bij het merendeel van de procedures die in de rechtspraak en literatuur als eis in de hoofdzaak worden genoemd. Zo worden ondermeer het betekenen van een dagvaarding, het indienen van een verzoekschrift, het instellen van een eis in reconventie en het vermeerderen van een eis als eis in de hoofdzaak genoemd.⁸⁶⁸ Het is echter de vraag in hoeverre een procedure van deze beide desiderata mag afwijken alvorens de procedure niet meer als eis in de hoofdzaak kan worden aangemerkt. Om deze vraag te beantwoorden besteed ik aandacht aan drie van deze desiderata afwijkende procedures die desondanks in de rechtspraak en literatuur wel als eis in de hoofdzaak worden

⁸⁶⁴ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 312 en Harreman 2007, p. 138 en 139.

⁸⁶⁵ Rueb 2005, p. 385. Van Mierlo 2005b, art. 700, aant. 10.

⁸⁶⁶ Deze wijze van bescherming is vooral van belang als niet direct evident is dat de beslaglegger een geldige aanspraak ontbeert. Is dit wel het geval, dan kan de beslagene op grond van art. 705 lid 2 Rv opheffing van het beslag vorderen. Voorwaarde hiervoor is dat de beslagene summier de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht kan aantonen.

⁸⁶⁷ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 438, Oudelaar 1995, p. 149. Rueb 2005, p. 386.

⁸⁶⁸ Zie voor een uitgebreider overzicht Harreman 2007, p. 113 e.v.

aangemerkt. Ik doel daarbij op arbitrage, kort geding en het opleggen van een belastingaanslag.

Arbitrage als eis in de hoofdzaak

809. Al in de memorie van toelichting bij art. 700 lid 3 Rv wordt opgemerkt dat de eis in de hoofdzaak niet altijd een procedure voor de (Nederlandse) overheidsrechter hoeft te zijn. De memorie van toelichting noemt het voorbeeld van arbitrage.⁸⁶⁹ Het bijzondere aan arbitrage is dat een arbitraal vonnis niet leidt tot het verkrijgen van een executoriale titel. Deze titel wordt pas verkregen door de verlening van het exequatur (art. 1062 Rv).⁸⁷⁰ Dat degene die in een arbitraal geding (een deel van) zijn vordering krijgt toegewezen, ook daadwerkelijk het exequatur zal verzoeken, ligt weliswaar voor de hand maar ligt niet vast.⁸⁷¹

Kort geding als eis in de hoofdzaak

810. De tweede afwijkende procedure is het kort geding. In het arrest Ajax/Reule⁸⁷² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat ook een kortgedingvonnis als eis in de hoofdzaak kan worden gekwalificeerd. Het bijzondere aan een kortgedingvonnis is dat een dergelijk vonnis weliswaar leidt tot een executoriale titel, maar dat de beoordeling van de gegrondheid van de vordering van de beslaglegger in dat vonnis slechts van beperkte aard is. Een kortgedingvonnis werkt immers slechts voorlopig (art. 257 Rv). Pas in een bodemprocedure kan een definitief oordeel worden gegeven over de vordering van de beslaglegger.

Belastingaanslag als eis in de hoofdzaak

811. Het laatste ‘randgeval’ is het opleggen van een belastingaanslag. In het arrest Ontvanger/Heemhorst⁸⁷³ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het opleggen van een (naheffings)aanslag kan gelden als een eis in de hoofdzaak. Dit is om drie redenen van belang. Ten eerste leidt het opleggen van een aanslag niet tot een executoriale titel, maar maakt het wél de weg vrij voor de Ontvanger om zichzelf door middel van een dwangbevel een executoriale titel te verschaffen (art. 14 Invorderingswet 1990). Ten tweede leidt het opleggen van een aanslag niet tot een rechterlijke toetsing van de gegrondheid van de aanslag. Deze toetsing vindt plaats door de belastingrechter na intern bezwaar bij de inspecteur. De derde reden die het oordeel van de Hoge Raad van belang maakt, is het feit dat

⁸⁶⁹ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 310.

⁸⁷⁰ Vgl. Broekveldt 2003, p. 653.

⁸⁷¹ Hetzelfde geldt overigens voor een procedure voor de overheidsrechter. Het feit dat de eiser als gevolg van deze procedure een executoriale titel verkrijgt, betekent niet dat hij ook daadwerkelijk overgaat tot executie.

⁸⁷² HR 26 februari 1999, NJ 1999, 717, m.nt. H.J. Snijders (Ajax/Reule).

⁸⁷³ HR 3 oktober 2003, NJ 2004, 557, m.nt. H.J. Snijders, Ars Aequi 2004, 127, m.nt. A.I.M. van Mierlo (Ontvanger/Heemhorst).

het initiatief voor deze toetsing niet bij de beslaglegger maar bij de belastingplichtige ligt.

812. Bij de beoordeling of het opleggen van een aanslag als eis in de hoofdzaak kan gelden, weegt de Hoge Raad het doel van de eis van het tijdig instellen van de hoofdzaak, de (rechts)bescherming van de beslagene, zelfstandig mee. Het gevolg van de opvatting dat het opleggen van de aanslag als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt is dat het beslag, na het opleggen van de aanslag in beginsel blijft liggen, terwijl de belastingplichtige zich nog niet tot de belastingrechter kan wenden. De belastingplichtige kan na het opleggen van de aanslag wel in bezwaar aantekenen tegen de aanslag, maar totdat op dit bezwaar is beslist, ligt de weg naar de belastingrechter niet open. De Hoge Raad oordeelt of dit betekent dat de beslagene zonder rechtsbescherming zou komen te zitten. De Hoge Raad oordeelt:

‘Voor zover Heemhorst hiermee wil betogen dat de belastingplichtige zonder rechtsmiddelen zou zijn gedurende de periode van bezwaar en beroep tegen de aanslag en met name machteloos zou staan tegen een vertraging in de behandeling van dat bezwaar en beroep, stuit haar tegenwerping erop af dat de voorzieningenrechter die verlot tot het beslag heeft gegeven, dit beslag na afweging van alle belangen desverlangd – eventueel voorwaardelijk – kan opheffen en daarbij onder meer kan betrekken aan wie de vertraging dient te worden toegerekend en hoe ernstig de gevolgen van het laten voortduren dan wel de opheffing van het beslag voor partijen over en weer zijn (art. 705 Rv; vgl. ook Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), blz. 314). Voorts kan langs deze weg ook worden bereikt dat het beslag geheel of gedeeltelijk wordt opgeheven indien bij de behandeling van het tegen de aanslag ingestelde bezwaar of beroep blijkt dat de aanslag ten onrechte of tot een te hoog bedrag is opgelegd.’

Met deze overweging maakt de Hoge Raad duidelijk dat de rechtsbeschermende functies van de verplichting tot het tijdig instellen van de eis in de hoofdzaak niet alleen worden vervuld door deze verplichting zelf, maar dat ook in een later stadium van de procedure kan worden meegewogen dat de beslaglegger onvoldoende meewerkt aan de toetsing van het door hem ingeroepen recht en een tijdige afwikkeling van het beslag.

2.2 *Conclusies ten aanzien van het begrip ‘eis in de hoofdzaak’*

813. Deze drie afwijkende gevallen leiden tot een belangrijke conclusie ten aanzien van het begrip ‘eis in de hoofdzaak’. Deze conclusie is dat voor het invullen van dit begrip de concrete procesrechtelijke achtergrond van de vordering van de beslaglegger van belang is. Moet de vordering via een bepaalde procesrechtelijke weg geldend worden gemaakt, bijvoorbeeld door arbitrage, dan kan het instellen van die procedure als het instellen van een eis in de hoofdzaak wor-

den aangemerkt.⁸⁷⁴ Als de procedure waarin de toetsing van de aanspraak van de beslaglegger moet plaatsvinden zo is opgezet dat een deel van het procesinitiatief aan de beslagene wordt overgelaten, dan kan als eis in de hoofdzaak worden aangemerkt: het door de beslaglegger verrichten van alle stappen die het de beslagene mogelijk maken om te komen tot een procedure waarin het recht van de beslaglegger wordt getoetst.

814. Wat betreft de inhoud van de toetsing van de aanspraak van de beslaglegger en de executie die op deze toetsing moet volgen, kunnen nog twee andere conclusies worden getrokken. Ten eerste moeten aan de inhoud van de toetsing van het recht van de beslaglegger niet te hoge eisen worden gesteld. Een voorlopige toetsing van het recht van de beslaglegger, zoals in kort geding, volstaat. Voldoende is dus dat de aanspraak van de beslaglegger met een zekere waarschijnlijkheid komt vast te staan. Ten tweede mag de eis dat de toetsing moet worden gevolgd door executie niet te veel worden aangezet. Zo is het niet noodzakelijk dat de eis in de hoofdzaak van rechtswege de executie inluit.

815. Bij deze conclusies moet in het achterhoofd worden gehouden dat rechtsbescherming van de beslagene, die is gelegen in de verplichting voor de beslaglegger tot het tijdig instellen van de eis in de hoofdzaak, ook op andere wijze vorm kan krijgen. Zo bestaat op grond van art. 705 Rv de mogelijkheid om het beslag op te heffen als de beslaglegger onvoldoende meewerkt aan de toetsing van zijn recht of de verdere afwikkeling van het beslag.

3 De eis in de hoofdzaak bij het deelgenotenbeslag

816. In deze paragraaf staat de eis in de hoofdzaak bij het deelgenotenbeslag centraal. In dat kader ga ik eerst in op de vraag welke procedure in het algemeen als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt. Vervolgens komt de vraag aan de orde welke procedure als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt ingeval van beslag op goederen die behoren tot een personenvennootschap. Tot slot

⁸⁷⁴ Dit sluit ook aan bij de in de literatuur verdedigde opvatting dat bindend advies als eis in de hoofdzaak kan gelden; zie Van Mierlo 1999, p. 725 en 726, Van Mierlo 2005b, art. 700, aant. 11, Harreman 2007, p. 115, Janssen 2004, p. 704, zie ook de noot van Janssen onder Hof Arnhem 27 april 2004, *NJF* 2004, 496, *JBPr* 2004, 57, m.nt. M.A.J.G. Janssen, Meijer in zijn noot onder V.zr. Rb. Haarlem 22 april 2003, *JBPr* 2003, 65, m.nt. G.J. Meijer, Van Hees in zijn noot onder Rb. Amsterdam 18 oktober 2006, *JBPr* 2007, 40, m.nt. A. van Hees en Erneste in haar noot onder Hof Amsterdam 31 januari 2008, *JBPr* 2008, 21, m.nt. P.E. Erneste. Deze opvatting lijkt thans ook in de rechtspraak heersend. Anders nog: V.zr. Rb. Haarlem 22 april 2003, *JBPr* 2003, 65, m.nt. G.J. Meijer. Ik zou ook menen dat hieruit volgt dat ook het entameren van een andere ADR-procedure zoals minitrage of mediation ook als eis in de hoofdzaak kan gelden, op voorwaarde dat partijen zich voor het verstrijken van de door de voorzieningenrechter gestelde termijn tot deze procedure hebben verplicht en deze procedure aan het voeren van een procedure bij de overheidsrechter in elk geval in praktische zin in de weg staat.

behandel ik het posterieure deelgenotenbeslag: het deelgenotenbeslag dat wordt gelegd nadat de eis in de hoofdzaak is ingesteld.

3.1 *Welke procedure geldt als eis in de hoofdzaak?*

817. Over de vraag welke procedure bij een deelgenotenbeslag als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt, bestaat in de literatuur geen eenduidigheid. Twee mogelijkheden zijn denkbaar: de vordering tot verdeling (art. 3:178/180 BW) danwel de vordering tot vaststelling van de verdeling (art. 3:185 BW). Over de vraag welke van deze mogelijkheden de juiste is, bestaat in de literatuur geen overeenstemming. Van Mierlo,⁸⁷⁵ Heemskerk,⁸⁷⁶ Van Schaick⁸⁷⁷ en Falkena⁸⁷⁸ lijken de mening toegedaan dat het gaat om de vordering tot verdeling. Jongbloed,⁸⁷⁹ Oudelaar⁸⁸⁰ en Stein⁸⁸¹ lijken te impliceren dat het gaat om de vordering tot vaststelling van de verdeling. Deze onduidelijkheid wordt veroorzaakt door de onduidelijke toelichting bij art. 733 Rv. Daarin wordt vermeld:

‘Het beslag zal, zo partijen voordien geen overeenstemming omtrent de verdeling bereiken, uitmonden in een overeenkomstig artikel 3.7.1.14 Nieuw B.W.’⁸⁸² door de rechter vast te stellen verdeling.’⁸⁸³

Deze passage is multi-interpretabel. Het probleem is de tussenvoeging waarin wordt vermeld dat partijen voordien overeenstemming kunnen bereiken. Wordt hiermee bedoeld op het algemene feit dat het uiteraard mogelijk is elk geschil te schikken, of wordt hier bedoeld op de onderhandelingen ten overstaan van een notaris die het gevolg zijn van de toewijzing van de vordering ex art. 3:178/180 BW?

Om de vraag te beantwoorden welke vordering als eis in de hoofdzaak moet gelden, ga ik eerst in op een fingerwijzing die is te vinden in een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad van 24 oktober 1995, NJ 1997, 515 (3.1.1). Vervolgens onderzoek ik deze vraag vanuit de analyse die ik van het begrip ‘eis in de hoofdzaak’ heb gemaakt (3.1.2). Daarna besteed ik aandacht aan enkele argumenten die pleiten tegen de opvatting dat de vordering van art. 3:178/180 BW en niet de vordering van art. 3:185 BW als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt (3.1.3).

⁸⁷⁵ Van Mierlo 1995, art. 733, aant. 4.

⁸⁷⁶ Heemskerk 2006, p. 285.

⁸⁷⁷ Van Schaick 1998, p. 211.

⁸⁷⁸ Falkena 2001, p. 576 en 577.

⁸⁷⁹ Jongbloed 2008, p. 120.

⁸⁸⁰ Oudelaar 2003, p. 107.

⁸⁸¹ Stein 2002, p. 110.

⁸⁸² Thans art. 3:185 BW, MLT.

⁸⁸³ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 334.

3.1.1 *HR 24 oktober 1995, NJ 1997, 515; een vingerwijzing*

818. In de rechtspraak van de Hoge Raad is een aanwijzing te vinden die pleit voor de opvatting dat de vordering van art. 3:178/180 BW als eis in de hoofdzaak moet gelden.⁸⁸⁴ Ik doel daarbij op een uitspraak van de strafkamer uit 1995. In de zaak die aan deze uitspraak ten grondslag lag, was kort gezegd het volgende aan de hand. Tot verzekering van verhaal van een vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel⁸⁸⁵ op ene A had de officier van justitie overeenkomstig art. 94a lid 2 Sv strafrechtelijk conservatoir beslag gelegd op een auto. Tegen deze inbeslagname werd geklaagd door ene T. Deze laatste stelde dat niet A, maar T, eigenaar van de auto was. De rechtbank stelde vast dat de auto mede was aangeschaft met vermogensbestanddelen van A. De rechtbank verbond hieraan de conclusie dat de auto tot het bedrag waarmee deze met middelen van A was gefinancierd tot verhaal kon dienen van de vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel op A.

De Hoge Raad vernietigt dit oordeel van de rechtbank. Het oordeel van de rechtbank is in de ogen van de Hoge Raad onbegrijpelijk. De Hoge Raad oordeelt dat als de rechtbank heeft bedoeld te oordelen dat de auto in mede-eigendom toebehoorde aan A en T gezamenlijk, de rechtbank blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien geen rechtsregel meebrengt dat degene die een deel van de koopprijs van een zaak verschaft daardoor een aandeel in de zaak verkrijgt. Aan dit oordeel voegt de Hoge Raad een in mijn ogen voor de in deze paragraaf aan de orde zijnde vraag belangwekkende overweging toe:

‘Overigens zou, in het geval dat A. en T. de gemeenschappelijke eigendom van de auto zouden hebben verkregen, art. 3:175, lid 3, BW tot gevolg hebben dat het beslag slechts zou kunnen worden gelegd hetzij op het aan de verdachte A. toekomende aandeel in de auto, en niet op de auto zelve zoals in de onderhavige zaak is geschied, hetzij – zo de weg van art. 3:180 BW zou worden gevolgd – op die auto, maar dan alleen met het oog op het geval, bedoeld in art. 733 Rv, dat zij in het bijzonder in aanmerking komt om aan A. te worden toegedeeld bij een daartoe door de Officier van Justitie te vorderen verdeling.’

Aangezien de Hoge Raad enkel spreekt van een door de officier van justitie te vorderen verdeling en hierbij niet de eis stelt dat de officier van justitie ook zou vorderen dat de auto aan A zou moeten worden toebedeeld, kan worden verdedigd dat de Hoge Raad van oordeel is dat de vordering van art. 3:178/180 BW als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt.

⁸⁸⁴ HR (strafkamer) 24 oktober 1995, *NJ* 1997, 515, m.nt. M.S. Groenhuijsen.

⁸⁸⁵ Zie art. 36e Sr.

3.1.2 Toetsing aan het begrip 'eis in de hoofdzaak'

819. Hierboven gaf ik al aan dat de eis in de hoofdzaak idealiter leidt tot toetsing van de aanspraak van de beslaglegger en, bij gegrondbevinding van deze aanspraak, tot executie door de beslaglegger.⁸⁸⁶ Ik heb in dat verband opgemerkt dat dit slechts desiderata zijn en dat de concrete procesrechtelijke invulling van de vordering van de beslaglegger moet worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of een vordering als eis in de hoofdzaak kan dienen. Als de toetsing die plaatsvindt als gevolg van de noodzakelijke procesrechtelijke weg beperkter van aard is vormt dit geen bezwaar om de desbetreffende processuele weg toch als eis in de hoofdzaak aan te merken.⁸⁸⁷

In hoofdstuk II heb ik uiteengezet dat de vordering tot vaststelling van de verdeling een subsidiair karakter heeft.⁸⁸⁸ Voor deze vordering geldt een bijzonder ontvankelijkheidsvereiste, namelijk dat partijen niet tot overeenstemming kunnen komen. Kunnen partijen naar het oordeel van de rechter wel tot overeenstemming komen, dan kan hij de partijen naar de notaris verwijzen. Deze bevoegdheid eindigt pas als de notaris een proces-verbaal van non-comparitie opmaakt. Het heeft voor de beslaglegger dus geen zin om als hoofdzaak de vordering tot vaststelling van de verdeling in te stellen als hij niet kan aantonen dat partijen niet tot overeenstemming kunnen komen.

Uit het ontvankelijkheidsvereiste voor de vordering tot vaststelling van de verdeling van art. 3:185 BW volgt naar mijn mening dat niet deze vordering, maar de vordering tot verdeling van art. 3:178/180 BW als eis in de hoofdzaak moet gelden. Dit is namelijk de enige vordering die een partij die deelgenotenbeslag heeft gelegd onder alle omstandigheden kan instellen. Dit betekent overigens niet dat de vordering tot vaststelling van de verdeling niet als hoofdzaak zou kunnen dienen. Een beslaglegger kan deelgenotenbeslag leggen en vervolgens vorderen dat de rechter de verdeling vaststelt. In dat geval stelt de beslaglegger in feite twee vorderingen in, te weten de vordering tot verdeling en die tot vaststelling van de verdeling. Wordt deze laatste vordering afgewezen maar geeft de rechter wel een bevel tot verdeling dan vervalt het deelgenotenbeslag niet.

820. Het feit dat de vordering tot verdeling van art. 3:178/180 BW ook door middel van arbitrage of bindend advies kan worden beslecht,⁸⁸⁹ impliceert dat ook het instellen van deze procedures als het instellen van de eis in de hoofdzaak kan worden aangemerkt.⁸⁹⁰

⁸⁸⁶ Zie nr. 807.

⁸⁸⁷ Zie nr. 813-815.

⁸⁸⁸ Zie nr. 392-396.

⁸⁸⁹ Zie nr. 434 en 435.

⁸⁹⁰ Zie over de vraag of bindend advies als eis in de hoofdzaak kan gelden de in voetnoot 874 genoemde rechtspraak en literatuur.

3.1.3 Tegenargumenten

821. Tegen de opvatting dat de vordering tot verdeling ex art. 3:178/180 BW de eis in de hoofdzaak is pleiten drie argumenten. Alledrie de argumenten zijn gebaseerd op de waarborgfunctie van de verplichting om tijdig een eis in de hoofdzaak in te stellen. Ten eerste kan erop gewezen worden dat de onderhandelingen tussen de deelgenoten soms zeer lang kunnen duren. Het is dus mogelijk dat het goed gedurende lange tijd beslagen blijft. Ten tweede kan worden betoogd dat de verdeling van de gemeenschap door onderhandelingen niet als (rechterlijke) toetsing van de aanspraak van de beslaglegger kan worden aangemerkt. Tot slot is het zo dat de executoriale titel die de vordering tot verdeling oplevert, het bevel tot verdeling, niet leidt tot het recht op het beslagen goed. Dit is om twee redenen van belang. Art. 735 lid 1 Rv bepaalt dat een beslag ter verkrijging van de levering van een goed vervalt zes maanden nadat de executoriale titel is verkregen. Gezien het in art. 3:186 BW bepaalde valt het deelgenotenbeslag onder de werkingssfeer van deze bepaling. Daarnaast volgt uit art. 723 jo. art. 477a Rv dat de plicht van de derde-beslagene tot uitkering of afgifte pas intreedt na betekening van de executoriale titel. Een bevel tot verdeling levert geen executoriale titel op waarop een dergelijke plicht voor de derde kan worden gebaseerd.

822. Geen van deze drie argumenten leidt mijns inziens tot het oordeel dat de vordering tot verdeling niet zou kunnen worden aangemerkt en dat de vordering tot vaststelling van de verdeling als zodanig zou moeten worden aangemerkt. Allereerst spreekt, zoals al eerder gememoreerd, het ontvankelijkheidsvereiste van art. 3:185 BW deze laatste opvatting tegen. De beslaglegger *kan* eenvoudigweg de vordering tot vaststelling van de verdeling niet instellen als de deelgenoten nog door onderhandelingen tot een verdeling *kunnen* komen. Het argument dat de onderhandelingen lang kunnen duren en als gevolg daarvan de goederen gedurende lange tijd beslagen kunnen blijven, leidt evenmin tot een andere conclusie. Het blijven liggen van het beslag gedurende (langdurige) onderhandelingen is in feite niets anders dan het blijven liggen van een beslag gedurende een (langdurige) procedure. Het feit dat een beslag gedurende de onderhandelingen blijft liggen, kan dan ook geen argument zijn om de vordering tot verdeling niet als eis in de hoofdzaak aan te merken. Wel kan het een reden vormen om, overeenkomstig hetgeen de Hoge Raad in het arrest Ontvanger/Heemhorst overweegt, opheffing van het beslag te vorderen. Daarbij komt dat de beslagene ook zelf de afwikkeling van het beslag kan bespoedigen. Voor zover de beslagene van oordeel is dat verdere onderhandelingen zinloos zijn, kan hij ook zelf een vordering tot vaststelling van de verdeling instellen. Immers, het recht om deze vordering in te stellen komt krachtens art. 3:185 BW toe aan ‘de meest gerede partij’.

823. Ook het feit dat onderhandelingen wellicht niet kunnen worden aangemerkt als een rechterlijke toetsing van de aanspraak van de beslaglegger, leidt niet tot de conclusie dat de vordering tot verdeling niet als eis in de hoofdzaak kan gelden. Zoals ik hierboven al aangaf moet de eis dat de aanspraak van de beslaglegger wordt getoetst niet te scherp worden aangezet. Daarbij moet worden bedacht dat ook wanneer de vordering tot verdeling wél wordt ingesteld, daadwerkelijke toetsing van het recht van de beslaglegger om deelgenotenbeslag te leggen niet plaatsvindt. Het deelgenotenbeslag kan immers gelegd worden op goederen die in het bijzonder *in aanmerking komen* om aan de beslaglegger te worden toebedeeld. Niet noodzakelijk is dat deze goederen aan de beslaglegger *moeten* worden toebedeeld.⁸⁹¹ De toedeling van een goed aan de beslaglegger wil dus niet per definitie zeggen dat de beslaglegger terecht beslag heeft gelegd, net zo min als dat de toedeling van een goed aan een ander dan de beslaglegger betekent dat de beslaglegger ten onrechte beslag heeft gelegd.⁸⁹² Het recht van de beslaglegger om beslag te leggen kan alleen in een afzonderlijke procedure worden getoetst. Het argument dat onderhandelingen tussen de deelgenoten niet kunnen worden aangemerkt als een rechterlijke toetsing van de aanspraak van de beslaglegger vormt dus geen reden om uitsluitend de vordering tot vaststelling van de verdeling als eis in de hoofdzaak aan te merken.

824. Dat een bevel tot verdeling niet leidt tot een recht op het beslagen goed dwingt ook niet tot de conclusie dat de vordering tot verdeling niet als eis in de hoofdzaak kan leiden. Gewoonlijk zal de notaris het resultaat van de verdeling vastleggen in een notariële akte. Deze akte vormt, mits in executoriale vorm opgemaakt, een executoriale titel. Mijns inziens dient deze titel als startpunt voor de zesmaandentermijn van art. 735 lid 1 Rv te gelden en ontstaat op grond van deze titel de uitkeringsplicht voor de derde. Er is dus sprake van een samengestelde executoriale titel.⁸⁹³

3.2 *Deelgenotenbeslag bij de gemeenschap van een personenvennootschap*

825. Vóór de inwerkingtreding van de titel vennootschap (7.13 BW) kon geen enkele twijfel bestaan of de goederen van de gemeenschap van een ontbonden personenvennootschap vatbaar waren voor deelgenotenbeslag. Een dergelijke gemeenschap werd beheerst door de titel gemeenschap (art. 3:166 jo. art.

⁸⁹¹ Zie nr. 515-517.

⁸⁹² Zie ook nr. 909.

⁸⁹³ Iets vergelijkbaars doet zich voor als een vordering tot schadevergoeding nader op te maken bij staat als de eis in de hoofdzaak wordt aangemerkt. Dan gelden de veroordeling tot schadevergoeding nader op te maken bij staat en de veroordeling in de schadestaat-procedure *samen* als executoriale titel. Zie over de vordering tot schadevergoeding nader op te maken bij staat als eis in de hoofdzaak Hof Arnhem 27 april 2004, *NJF* 2004, 496, *JBPr* 2004, 57, m.nt. M.A.J.G. Janssen. Zie over deze uitspraak ook Janssen 2004, p. 700-704 en Van Zanten 2005, p. 185 e.v.

189 lid 2 BW) en de goederen van deze gemeenschap waren dus vatbaar voor deelgenotenbeslag. Of dit na de inwerkingtreding van titel 7.13 BW nog zo is, valt – op zijn minst – te betwijfelen. Titel 3.7 is niet van toepassing op de gemeenschap van een ontbonden personenvennootschap (art. 7:825 lid 4 BW). Bovendien kan van een dergelijke gemeenschap geen verdeling worden gevorderd (art. 7:827 BW), terwijl art. 733 Rv het recht om deelgenotenbeslag te leggen toekent aan degene die verdeling van de gemeenschap kan vorderen.

826. Zoals ik al in hoofdstuk V heb uiteengezet, is anticiperend deelgenotenbeslag mogelijk.⁸⁹⁴ Daarmee worden de goederen van een (ontbonden) personenvennootschap in beginsel vatbaar voor een dergelijk beslag. Daarbij is het wel de vraag welke vordering als eis in de hoofdzaak moet dienen: van de gemeenschap van een (ontbonden) personenvennootschap kan geen verdeling worden gevorderd (art. 7:825 en 827 BW). Een dergelijke gemeenschap kan wel worden vereffend. Vereffening is materieel gezien gelijk aan verdeling. Bij de vereffening worden eerst de schulden van de personenvennootschap betaald, waarna de goederen worden verdeeld. Deze verdeling geschiedt volgens het plan dat de vereffenaars daartoe opstellen. Bij het opstellen van dit plan zijn zij gebonden aan dezelfde criteria waaraan ook de rechter is gebonden in het geval deze de verdeling krachtens art. 3:185 BW vaststelt.⁸⁹⁵ Net als bij de verdeling van een gemeenschap waarop titel 3.7 wel van toepassing is, moet de verdeling worden geëffectueerd door levering (art. 7:830 lid 3 BW).

827. Aangezien vereffening materieel gezien gelijk staat aan verdeling, kan men zeggen dat het afdwingen van vereffening als het instellen van de eis in de hoofdzaak kan worden beschouwd. De vordering tot vereffening is echter niet als zodanig niet in de wet geregeld. Mijns inziens komt een aantal vorderingen en verzoeken in aanmerking om als eis in de hoofdzaak te worden aangemerkt. Allereerst de vordering tot nakoming van de plicht tot vereffening. De wet bepaalt in art. 7:825 lid 1 en 2 BW dat de vereffening in beginsel geschiedt door de gewezen vennoten gezamenlijk. Van deze verplichting kan op de voet van art. 3:296 BW nakoming worden gevorderd. Door de toewijzing van deze vordering wordt min of meer hetzelfde bereikt als door het toewijzen van de vordering van art. 3:178/180 BW; de vereffenaars worden verplicht met elkaar in onderhandeling te treden en zo tot vereffening te komen. Ten tweede kan indien een vereffenaar ontbreekt het verzoek tot benoeming van een vereffenaar (art. 7:825 lid 3 BW) als hoofdzaak dienen. In dat geval hoeft tegen deze, door de rechter te benoemen, vereffenaar geen vordering tot nakoming van de vereffeningplicht te worden ingesteld. Deze verplichting ligt in de benoeming van de vereffenaar be-

⁸⁹⁴ Zie nr. 589-606.

⁸⁹⁵ Art. 7:830 lid 4 verwijst voor de wijze van verdeling naar art. 2:23b lid 3 BW. Dit artikel is op zijn beurt geïnspireerd op art. 3:185 BW.

sloten. Tot slot kan het verzoek tot het ontslag van bestaande vereffenaars en het verzoek tot benoeming van nieuwe vereffenaars dienen als alternatief voor de vordering tot nakoming van de verplichting tot vereffening. Ook deze laatste verzoeken kunnen als eis in de hoofdzaak worden aangemerkt.

3.3 *Posterieur deelgenotenbeslag*

828. Onder ‘posterieur deelgenotenbeslag’ moet een deelgenotenbeslag worden verstaan dat wordt gelegd nadat de eis in de hoofdzaak, de vordering tot verdeling van art. 3:178/180 BW, is ingesteld. Deze situatie roept twee vragen op. Ten eerste of een reeds ingestelde vordering tot verdeling ook voor beslagleggers die deze vordering niet hebben ingesteld als eis in de hoofdzaak kan gelden of dat deze beslagleggers een zelfstandige vordering tot verdeling moeten instellen (4.3.1). De tweede vraag is hoe moet worden gehandeld als de eis tot verdeling al is toegewezen en een deelgenoot deelgenotenbeslag wil leggen (4.3.2).

3.3.1 *Deelgenotenbeslag op grond van de eis in de hoofdzaak van een andere bij de verdeling betrokken partij*

829. Het is de vraag hoe een deelgenoot moet handelen die deelgenotenbeslag wil leggen op het moment dat een andere bij de verdeling betrokken partij al verdeling heeft gevorderd. Moet de deelgenoot in kwestie dan alsnog zelf verdeling vorderen, of kan hij de verdelingsvordering van de andere partij als hoofdzaak aanmerken?

830. Volgens mij bestaat er geen bezwaar tegen de opvatting dat de vordering tot verdeling die door een andere bij de verdeling betrokken partij is ingesteld als eis in de hoofdzaak wordt aanmerkt. Een andere opvatting zou er alleen maar toe leiden dat de beslagleggende deelgenoot wordt gedwongen een in essentie onnodige procedure te beginnen. Immers, de reeds ingestelde vordering tot verdeling leidt voor de partij die de vordering instelt en de partijen tegen wie de vordering wordt ingesteld tot een plicht om ten overstaan van de notaris te onderhandelen. Wel moet de vordering tot verdeling zijn ingesteld tegen alle partijen die de beslaglegger als beslagenen aanmerkt. Indien de oorspronkelijke vordering tot verdeling niet tegen al deze partijen is ingesteld, kan de beslaglegger op de voet van 680 lid 5 Rv alsnog deze vordering tot de ontbrekende partijen uitbreiden.⁸⁹⁶

831. Het feit dat de beslaglegger de vordering tot verdeling die door een ander wordt ingesteld als eis in de hoofdzaak kan aanmerken brengt wel het gevaar met zich mee dat die ander de vordering tot verdeling kan intrekken, met als

⁸⁹⁶ Zie nr. 407 en 410.

consequentie dat het beslag – mogelijk – vervalt. Ik betwijfel echter of dit laatste het geval zal zijn. De Hoge Raad heeft in het arrest Zoontjens/Kijlsta geoordeeld over de gevolgen van het intrekken van een procedure voor andere bij die procedure betrokken partijen.⁸⁹⁷ Daarbij ging het om het lot van een incidenteel cassatieberoep dat geen werking meer leek te kunnen sorteren nu het principale cassatieberoep was ingetrokken. De Hoge Raad oordeelde dat:

‘bij het vaststellen van de rechtsgevolgen van [het] intrekken van het cassatieberoep mede rekening [moet] worden [ge]houden met de gerechtvaardigde belangen van de verweerder, waaronder begrepen diens belang bij het kunnen instellen, ook na berusting of na het verstrijken van de cassatietermijn, van incidenteel beroep in cassatie. De verweerder zal erop mogen vertrouwen dat hij gelegenheid zal hebben incidenteel beroep in te stellen.’

De Hoge Raad oordeelde dat het intrekken van het principale beroep de werking van het incidentele cassatieberoep niet in de weg staat. De Hoge Raad oordeelde dat de verweerder de zaak dient in te schrijven op de rol van de terechtzitting waartegen hij was gedagvaard. Nadat de zaak aldus is aangebracht, dient de verweerder de eiser bij exploit met inachtneming van de voor de dagvaarding geldende termijn op te roepen tegen een latere terechtzitting teneinde met hem voort te procederen in het bij de conclusie ter zitting in te stellen incidenteel cassatieberoep.

De Hoge Raad wijst er uitdrukkelijk op dat

‘aan de onder 2.3 aanvaarde regel en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen ook in andere gevallen doorslaggevende betekenis kan toekomen.’

Verdedigbaar is dat onder de ‘andere gevallen’ die de Hoge Raad op het oog heeft tevens kan worden begrepen de hier aan de orde zijnde situatie waarin deelgenotenbeslag is gelegd terwijl de vordering tot verdeling is ingesteld door een andere bij de verdeling betrokken partij.

3.3.2 *Deelgenotenbeslag nadat de eis tot verdeling is toegewezen*

832. Stein werpt voor het maritale beslag de vraag op hoe moet worden gehandeld als maritaal beslag wordt gelegd nadat het verzoek tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap bij beschikking reeds is toegewezen.⁸⁹⁸ Een vergelijkbare vraag kan bij het deelgenotenbeslag worden gesteld. Hier kan zich de situatie voordoen dat een deelgenoot deelgenotenbeslag wil leggen terwijl reeds een bevel tot verdeling is verkregen en partij en ten overstaan van de notaris onderhandelen over de verdeling. Het is de vraag welke vordering in deze zaak als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt.

⁸⁹⁷ HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 606, m.nt. H.E. Ras (*Zoontjens/Kijlstra*), zie ook HR 16 december 2005, *NJ* 2006, 9 (*Scientology/Spaink*).

⁸⁹⁸ Stein 1995, p. 342 en 343. Vgl. Stein 2002, p. 58 en Van Mierlo 2005b, art. 700, aant. 3.

Is dit de al eerder toegewezen vordering tot verdeling of moet een nieuwe vordering als eis in de hoofdzaak worden ingesteld en, zo ja, welke?

833. Ik ben van mening dat, wanneer tegen alle partijen die de beslaglegger als beslagene aanmerkt een bevel tot verdeling is verkregen, geen nadere eis in de hoofdzaak meer behoeft te worden ingesteld. Immers, de waarborgfunctie van de verplichting om tijdig een eis in de hoofdzaak in te stellen is dan reeds vervuld. Zijn er partijen tegen wie geen bevel tot verdeling is gekregen maar die door de beslaglegger wél als beslagene worden aangemerkt, dan dient de beslaglegger tegen hen alsnog een bevel tot verdeling te verkrijgen.

4 De eis in de hoofdzaak bij maritaal beslag

834. Op het eerste gezicht lijkt er duidelijkheid te bestaan over welke vordering bij een maritaal beslag als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt. Art. 769 lid 1 Rv bepaalt immers dat het verzoek tot opheffing van de gemeenschap bij beschikking, respectievelijk het echtscheidingsverzoek of het verzoek tot scheiding van tafel en bed als eis in de hoofdzaak geldt. Op zich is dit bijzonder, we hebben hiervoor gezien dat voor de eis in de hoofdzaak twee desiderata gelden, te weten dat (i) een eis in de hoofdzaak tot executie leidt en (ii) in de hoofdzaak het recht van de beslaglegger wordt getoetst.⁸⁹⁹ De procedures die door art. 769 lid 1 Rv als eis in de hoofdzaak worden aangemerkt voldoen aan géén van deze twee eisen. Deze verzoeken leiden, mits ten uitvoer gelegd door inschrijving, alleen tot ontbinding van de gemeenschap; zij leiden noch tot een executoriale titel, noch tot een rechterlijke toetsing van het recht van de beslaglegger. Dit gebeurt wel als samen met het verzoek dat tot ontbinding van de gemeenschap moet leiden de vordering tot verdeling bij wege van nevenverzoek worden ingediend, zoals mogelijk wordt gemaakt door art. 1:99 lid 2 BW en art. 827 lid 1, aanhef en onder b, Rv.⁹⁰⁰ Gebeurt dit, dan krijgt de beslaglegger wél een executoriale titel en wordt het recht van de beslaglegger wel getoetst. Dit roept de vraag op welk verzoek de wetgever nu werkelijk als hoofdzaak voor ogen heeft gehad. Het enkele verzoek dat ontbinding van de huwelijksgemeenschap moet bewerkstelligen of een dergelijk verzoek *gecombineerd met* een verdelingsvordering als nevenverzoek?

835. Van der Lee is de eerste opvatting toegedaan.⁹⁰¹ Hij beroept zich hierbij op de wettekst en noemt als praktisch voordeel dat de (ex-)echtgenoten zelf de gemeenschap kunnen afwikkelen. De opvatting dat alleen een gecombineerd verzoek als hoofdzaak kan gelden wordt, voor zover ik kan overzien, in zijn zuiverste vorm niet in de literatuur verdedigd. Dit is evenwel anders wanneer spra-

⁸⁹⁹ Zie nr. 807 en 808.

⁹⁰⁰ Zie nr. 423-425.

⁹⁰¹ Van der Lee 1997, p. 19 en 20.

ke is van een posterieur maritaal beslag. Dat wil zeggen een maritaal beslag dat wordt gelegd als de echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap bij beschikking al een feit is. In dat geval, zo is Stein van mening, moet de verdelingsvordering als hoofdzaak worden aangemerkt.⁹⁰² Hij schrijft dat de mogelijkheid van maritaal beslag zonder de verplichting tot het tijdig instellen van de ‘hoofdzaak’ in flagrante strijd zou zijn met art. 700 lid 3 Rv. Van Mierlo sluit niet uit dat de opvatting van Stein juist is.⁹⁰³ De vraag welke van deze twee opvattingen voor juist moet worden gehouden, zal ik beantwoorden aan de hand van de wetgeschiedenis van art. 808 (oud) Rv, thans art. 769 Rv (4.1). Daarna wil ik de vraag beantwoorden of in het licht van het begrip ‘eis in de hoofdzaak’ mogelijk naar een andere oplossing moet worden gezocht (4.2).

4.1 *De wetgeschiedenis*

836. Voor de interpretatie van art. 769 lid 1 Rv, is de parlementaire geschiedenis van de voorloper van art. 769 lid 1 Rv, art. 808b (oud) Rv, van belang. Tot 1992 gold dat maritaal beslag niet van waarde werd verklaard. De eis die voor andere conservatoire beslagen gold, namelijk dat tijdig de vanwaardeverklaringsprocedure wordt ingesteld, was dus niet van toepassing op het maritaal beslag. In 1992 wordt de vanwaardeverklaringsprocedure afgeschaft en komt voor alle conservatoire beslagen het vereiste te gelden dat tijdig de eis in de hoofdzaak wordt ingesteld. Dit vereiste wordt in art. 808b (oud) Rv nader uitgewerkt door de bepaling dat als eis in de hoofdzaak de vordering tot opheffing van de gemeenschap geldt.⁹⁰⁴ In de toelichting hierop wordt vermeld:

‘De meest principiële afwijking van de regeling van de vierde titel⁹⁰⁵ is dat, ofschoon de vordering tot opheffing van de gemeenschap voor het onderhavige beslag als “hoofdzaak” in de zin van de artikelen 700 e.v. kan worden aangemerkt, anderszins deze hoofdzaak niet uitmondt in een voor het maritaal beslag relevante executoriale titel. Dit beslag wordt immers gelegd tot bescherming van de rechten die de beslagleggende echtgenoot toekomen terzake van de verdeling van de gemeenschap, die eerst na de opheffing van de gemeenschap aan de orde kan komen.’⁹⁰⁶

Kennelijk, zo volgt uit voorstaand citaat, was de wetgever zich er in 1992 van bewust dat de vordering die hij als eis in de hoofdzaak aanwees niet tot een rele-

⁹⁰² Stein 1995, p. 342 en 343. Vgl. ook Stein 2002, p. 58, die aanraadt om ‘voor alle zekerheid’ een verdelingsvordering als eis in de hoofdzaak in te stellen.

⁹⁰³ Van Mierlo 2002, art. 768, aant. 3. Vgl. ook Jongbloed 2005, Inleidende opmerkingen bij het maritaal beslag, aant. 4.

⁹⁰⁴ Op grond van art. 825f (oud) Rv was maritaal beslag ook mogelijk in het kader van een echtscheiding of een scheiding van tafel en bed.

⁹⁰⁵ Van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 700 e.v. Rv).

⁹⁰⁶ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 354.

vante executoriale titel zou leiden. Dit blijkt ook uit art. 808 (oud) Rv, thans art. 770b lid 3 Rv, waarin art. 704 lid 1 Rv buiten toepassing wordt verklaard.⁹⁰⁷

837. Dat de wetgever in 1992 een expliciete keuze heeft gemaakt, blijkt ook uit het feit dat de wetgever op eenvoudige wijze had kunnen waarborgen dat de in art. 808 (oud) Rv genoemde procedures wel tot een executoriale titel zouden leiden. Tot 1 januari 1993 gold voor scheidingszaken namelijk nog de dagvaardingsprocedure. In een dagvaarding tot echtscheiding kon eenvoudig een nevenvordering tot het verkrijgen van een bevel tot verdeling worden opgenomen. Had de wetgever in 1992 willen waarborgen dat de in 808 (oud) Rv genoemde procedures tot een executoriale titel zouden leiden, dan had hij kunnen voorschrijven dat deze procedures vergezeld dienden te gaan van een nevenvordering tot het verkrijgen van een bevel tot verdeling.⁹⁰⁸ Nu de wetgever dit heeft nagelaten, kan de conclusie geen andere zijn dan dat het de wetgever voor ogen heeft gestaan dat de thans in art. 769 lid 1 Rv genoemde procedures als eis in de hoofdzaak gelden, ongeacht of in deze procedures de vordering tot verdeling als nevenverzoek wordt ingediend.

4.2 *Het begrip 'eis in de hoofdzaak'*

838. Het is de vraag of in het licht van het huidige begrip 'eis in de hoofdzaak' moet worden gekozen voor een andere uitleg van art. 769 lid 1 Rv. Ik ben van mening dat dit niet het geval is. Hierboven heb ik uiteengezet dat voor een eis in de hoofdzaak als desiderata gelden dat de eis in de hoofdzaak leidt tot rechterlijke toetsing van het recht van de beslaglegger en leidt tot executie. Ik heb eerder ook uiteengezet dat beide desiderata niet te sterk mogen worden aangezet en dat de beoordeling of een procedure die als hoofdzaak kan gelden moet plaatsvinden in het kader van de processuele achtergrond van het recht waarvoor de beslaglegger beslag heeft gelegd.⁹⁰⁹ Bij het maritale beslag staat het recht van de beslaglegger om zijn deel van de gemeenschap in geld of goederen te ontvangen centraal. Door de ontbinding van de gemeenschap komt dit recht vast te staan. In zoverre vindt toetsing van het recht van de beslaglegger dus wél plaats. De afwikkeling van het beslag, en daarmee de executie, kan achterwege blijven als er geen verdelingsvordering wordt ingesteld. Vanuit de processuele context van de verdeling van een gemeenschap vormt dit geen al te groot bezwaar. Allereerst is het zo dat een verdelingsvordering niet per definitie leidt tot een snellere afwikkeling van de gemeenschap. Immers, een verdelingsvordering leidt alleen maar tot de verplichting van partijen om ten overstaan van een notaris te

⁹⁰⁷ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 354.

⁹⁰⁸ Ná 1 januari 1993 geldt voor scheidingszaken de verzoekschriftprocedure. Ook in deze procedure is het mogelijk om een bevel tot verdeling te verkrijgen (art. 1:99 lid 2 jo. 827 lid 1, aanhef en onder b Rv).

⁹⁰⁹ Zie nr. 813 en 814.

onderhandelen. De rechter zal zich pas inhoudelijk met de afwikkeling van de gemeenschap gaan bemoeien als partijen zelf niet in staat blijken overeenstemming te bereiken. Ten tweede beschikken zowel de beslagene als de beslaglegger over mogelijkheden om de afwikkeling van de gemeenschap te versnellen. Beiden kunnen een vordering tot verdeling instellen en, wanneer zij van mening zijn dat verdergaande bemoeienis van de rechter is geboden, deze verdelingsvordering combineren met een vordering tot vaststelling van de wijze van verdeling. Beide deelgenoten hebben hierbij een gelijkwaardige positie. Daar komt nog bij dat, voor zover de beslaglegger de afwikkeling van de gemeenschap ophoudt, dit een reden kan vormen het beslag op de voet van art. 705 Rv op te heffen.

4.3 *Posterieur maritaal beslag*

839. Blijft nog over de vraag hoe moet worden gehandeld bij posterieur maritaal beslag, dat wil zeggen een maritaal beslag dat wordt gelegd nadat het verzoek tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap bij beschikking is ingediend. Ten eerste is het de vraag of maritaal beslag kan worden gelegd in het kader van een verzoek door de andere echtgenoot tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap bij beschikking. (4.3.1). Ten tweede kan de vraag worden gesteld hoe moet worden gehandeld als maritaal beslag wordt gelegd nadat het verzoek is toegewezen (4.3.2).

4.3.1 *Maritaal beslag op grond van de eis in de hoofdzaak van de andere echtgenoot*

840. Net als voor deelgenotenbeslag kan voor maritaal beslag de vraag worden gesteld of de echtgenoot die maritaal beslag legt het verzoek tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap bij beschikking dat door de andere echtgenoot is ingediend als eis in de hoofdzaak mag aanmerken. Ik ben van mening dat dit het geval is. Het intrekken van het verzoek door de verzoekende echtgenoot terwijl de andere echtgenoot de procedure wil voortzetten heeft, gezien het arrest Zoontjens/Kijkstra,⁹¹⁰ geen effect voor het beslag.⁹¹¹

4.3.2 *Maritaal beslag ná toewijzing van het verzoek*

841. Stein stelt zich de vraag op welke procedure als eis in de hoofdzaak moet gelden als maritaal beslag wordt gelegd nadat het initiële verzoek tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap bij be-

⁹¹⁰ HR 18 februari 1994, NJ 1994, 606, m.nt. H.E. Ras (*Zoontjens/Kijkstra*).

⁹¹¹ Vgl. nr. 831.

schikking is toegewezen.⁹¹² Zijns inziens moet in dat geval de vordering tot verdeling als eis in de hoofdzaak gelden. Kennelijk is hij van mening dat een posterieur maritaal beslag nadere (rechterlijke) toetsing behoeft. Hierboven heb ik reeds aangegeven dat de toetsing die plaatsvindt in een procedure die tot ontbinding van de gemeenschap moet leiden, inderdaad van beperkte aard is. Ik heb ook aangegeven dat in de opvatting van de wetgever deze toetsing het leggen van maritaal beslag voldoende legitimeert en dat, gezien de procesrechtelijke achtergrond van de vordering tot verdeling, geen goede argumenten bestaan om van deze opvatting af te wijken.⁹¹³ Accepteert men deze gedachtegang, dan moet men ook accepteren dat na voltooiing van een dergelijke procedure nadere legitimatie van maritaal beslag niet meer noodzakelijk is, zodat posterieur maritaal beslag kan worden gelegd zonder dat het instellen van een hoofdzaak noodzakelijk is.⁹¹⁴ Dit is ook in overeenstemming met de tekst van art. 700 lid 3 Rv. Volgens dit artikellid hoeft een eis in de hoofdzaak immers alleen te worden ingesteld als deze op het moment van het verlov nog niet is ingesteld.

5 Conclusie

842. Uit het voorgaande volgt dat bij het deelgenotenbeslag de vordering tot verdeling op de voet van art. 3:178/180 BW als eis in de hoofdzaak geldt. Bij posterieur deelgenotenbeslag geldt de vordering tot verdeling van een andere deelgenoot als hoofdzaak, op voorwaarde dat deze vordering zijn werking heeft tegen alle deelgenoten die de beslaglegger als beslagene aanmerkt. Ook als de vordering tot verdeling op het moment van het leggen van het beslag reeds is toegewezen, geldt de vordering als hoofdzaak.

Bij maritaal beslag geldt het verzoek tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap bij beschikking als eis in de hoofdzaak. Daarvoor is het niet nodig dat de vordering tot verdeling van de gemeenschap bij wege van nevenverzoek wordt ingediend. Bij een posterieur maritaal beslag kan het verzoek van de ene echtgenoot gelden als hoofdzaak voor het beslag van de andere echtgenoot. Na het toewijzen van het verzoek dat moet leiden tot ontbinding van de gemeenschap kan een posterieur maritaal beslag worden gelegd zonder dat het noodzakelijk is om een nadere eis in de hoofdzaak in te stellen.

⁹¹² Zie voetnoot 902.

⁹¹³ Zie nr. 834-838.

⁹¹⁴ Van dezelfde zin: Van der Lee 1997, p. 19 en 20. Zie over de vraag of in deze situatie de eis van vrees voor verduistering op zijn plaats is nr. 784.

IX. RECHTSGEVOLGEN VAN HET BESLAG

1 Inleiding

843. In dit hoofdstuk behandel ik de rechtsgevolgen van het verdelingsbeslag. Het uitgangspunt van de wet is dat een verdelingsbeslag in beginsel dezelfde rechtsgevolgen heeft als een verhaalsbeslag, daarom inventariseer ik allereerst de rechtsgevolgen van een verhaalsbeslag (2). Een verdelingsbeslag wordt echter in een andere context dan een verhaalsbeslag gelegd. Daaruit volgt dat sommige rechtsgevolgen van een verdelingsbeslag verschillen van die van een verhaalsbeslag (3). Tot slot behandel ik de verdeling van een gemeenschap in geval een goed in weerwil van een verdelingsbeslag is vervreemd (4).

2 Rechtsgevolgen van een verhaalsbeslag

844. Bij de beschrijving van de rechtsgevolgen van een verhaalsbeslag moet onderscheid worden gemaakt tussen twee zaken, te weten het verbod van onttrekking van goederen aan een beslag ('verbod van onttrekking') (2.1) en de blokkerende werking van het beslag (2.2).

2.1 *Het verbod van onttrekking*

845. Eén van de belangrijkste rechtsgevolgen van een beslag is het, voor de beslagene en de derde-beslagene geldende verbod van onttrekking. Dit verbod is terug te vinden in art. 198 Sr. Het verbod wordt ook civielrechtelijk gesanctioneerd. Schending van het verbod levert een onrechtmatige daad op.⁹¹⁵ Het is de vraag wat onder het begrip 'onttrekking' valt. Bij de beantwoording van deze vraag moet worden bedacht dat het verbod van onttrekking de bron vormt van de plichten die het beslag voor de beslagene schept. De beslaglegger is verplicht zich te onthouden van onttrekking van goederen aan het beslag. De vraag naar de inhoud van het begrip 'onttrekking' is dus in beginsel dezelfde als de vraag naar de verplichting van de beslagene om zich van onttrekking te onthouden. Om de vraag naar de inhoud van het begrip 'onttrekking' te beantwoorden, bespreek ik twee opvattingen. Allereerst de opvatting dat het begrip 'onttrekking' een gesloten begrip is, en dat de verplichting van de beslagene om zich te onthouden van onttrekking is beperkt tot die verplichtingen die rechtstreeks uit de wet zijn af te leiden (2.1.1). Daarna bespreek ik de, uit de rechtspraak af te leiden opvatting die aan het begrip 'onttrekking' een meer open betekenis toekent (2.1.2). Vervolgens ga ik in op twee grenzen aan het verbod van onttrekking: de bevoegdheid tot normaal gebruik dat niet tot rechtens relevante onttrekking leidt (2.1.3) en toegestane indirecte onttrekking (2.1.4). Ik sluit af met een conclusie (2.1.5).

⁹¹⁵ HR 2 december 1994, NJ 1995, 746, m.nt. H.J. Snijders (*S.D.M./'s-Gravenhage*).

2.1.1 Gesloten begrip ‘onttrekking’; beperkte opvatting in de literatuur

846. In de literatuur lijkt men de mening toegedaan dat het begrip ‘onttrekking’ een gesloten begrip is, dat uitsluitend door de wet wordt ingevuld. Dit betekent dat het beslag en het verbod van onttrekking enkel plichten voor de beslagene scheppen voor zover deze plichten in de wet te vinden zijn of daaruit rechtstreeks voortvloeien. Deze opvatting blijkt onder andere uit de wijze waarop men in de literatuur omgaat met de verplichting van de derde-beslagene om een beslagen zaak onder zich te houden en een beslagen vordering niet uit te betalen. Deze verplichting wordt afgeleid uit art. 475 lid 1, aanhef en onder a, Rv, waarin is voorgeschreven dat het beslagexploot het bevel aan de derde moet bevatten om het verschuldigde of de beslagen zaken onder zich te houden op straffe van onwaarde van elk in weerwil van het beslag gedane betaling of afgifte.⁹¹⁶ Kennelijk is men van mening dat deze plicht niet kan voortvloeien uit een open invulling van het begrip ‘onttrekking’, maar dat deze verplichting een grondslag in de wet behoeft. Deze gedachte wordt wellicht ingegeven door het feit dat het onttrekken van een goed aan een beslag een strafbaar feit oplevert (art. 198 Sr). In het strafrecht speelt het legaliteitsbeginsel een centrale rol.

Bij de opvatting dat de verplichtingen van de beslagene slechts uit de wet voortvloeien, past wel een kanttekening: de wet formuleert deze verplichtingen slechts sporadisch expliciet,⁹¹⁷ in de regel kunnen deze verplichtingen slechts uit de wet worden afgeleid. Als voorbeeld noemde ik al het voorschrift van art. 475 lid 1, aanhef en onder a, Rv. Daarnaast kunnen de verplichtingen van de beslagene worden afgeleid uit de bepalingen die de blokkerende werking van het beslag regelen. De wet noemt voor ieder type beslag een aantal handelingen die niet tegen de beslaglegger kunnen worden ingeroepen. Zo worden bij alle beslagen vervreemding, bezwaring en onderbewindstelling genoemd. Daarnaast worden bij bepaalde beslagen nog bijzondere (rechts)handelingen genoemd. Bij het beslag op roerende en onroerende zaken is dat verhuring (art. 453a en art. 505 lid 2 Rv), bij het derdenbeslag en het eigenbeslag afstand, betaling en afgifte (art. 475h jo. art. 479i lid 2 Rv), bij het beslag op schepen vervoer (566 lid 2 en 567 Rv) en bij het beslag op octrooien noemt de wet het verlenen van een licentie (art. 68 lid 2 Rijksoctrooiwet 1995). Uit deze voorschriften kan worden afgeleid dat de beslagene verplicht is zich van al deze handelingen te onthouden.

⁹¹⁶ Broekveldt 2003, p. 373 en Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 408.

⁹¹⁷ Vgl. Broekveldt 2003, p. 373, die opmerkt dat de wetgever de plicht van de derde-beslagene, om het beslagen goed onder zich te houden, merkwaardig heeft geregeld. Een uitzondering op de regel dat de wet de plichten van de beslagene niet expliciet noemt, vormt art. 455 lid 1 Rv, waarin de beslagene de plicht krijgt opgelegd om bepaalde baten aan de deurwaarder te verantwoorden. Dit voorschrift wordt gesanctioneerd door art. 198 Sr; zie Van Mierlo 2006a, art. 455, aant. 2.

2.1.2 Open begrip ‘onttrekking’; ruimere opvatting in de rechtspraak

847. Uit de rechtspraak blijkt dat de het begrip ‘onttrekking’ wel degelijk een open begrip is en dat onder onttrekking ook handelingen vallen waarvan het ‘verboden karakter’ niet rechtstreeks uit de wet blijkt. Uiteraard wordt in de rechtspraak het niet nakomen van verplichtingen die direct uit de wettelijke voorschriften kunnen worden afgeleid als onrechtmatig en/of strafbaar gekwalificeerd. Zo worden beschikkingshandelingen ten aanzien van beslagen goederen,⁹¹⁸ het afgeven van een goed dat door een derdenbeslag is getroffen⁹¹⁹ of het betalen van een vordering waarop derdenbeslag rust⁹²⁰ alle als onrechtmatig en/of strafbaar gekwalificeerd.

Uit de rechtspraak blijkt echter dat onder onttrekking óók handelingen vallen die niet in de wet als verboden handelingen worden aangemerkt. Zo oordeelde de Hoge Raad dat het afgraven van een beslagen perceel grond als het onttrekken van een goed aan een beslag moet worden gekwalificeerd, ook als de afgegraven grond zich nog in de macht van de beslagene bevindt.⁹²¹ Het afgraven van een beslagen perceel wordt echter op geen enkele manier door de wet verboden. Op dezelfde wijze is het wegvoeren van beslagen goederen uit de woning waarin zij zich bevinden als overtreding van het verbod van art. 198 Sr aangemerkt.⁹²² Ook voor het verbod om beslagen goederen naar een andere locatie over te brengen, is geen wettelijke basis aan te wijzen.

De overtuigingskracht van deze rechtspraak is groot. Het doel van een beslag is immers het zekerstellen dat het beslagen goed beschikbaar blijft voor de executie.⁹²³ Het verbod van onttrekking moet dan ook worden begrepen in het kader van dit doel. Dit betekent dat onder het onttrekken aan een beslag moet worden verstaan: elke handeling die ertoe leidt of kan leiden dat een goed niet, niet geheel, niet in dezelfde staat, of niet op dezelfde locatie beschikbaar is voor executie.

2.1.3 Normaal gebruik

848. Het verbod van onttrekking wordt wel begrensd door het rechtskarakter van het beslag. Beslag ontnemt normaal gesproken de beslagene niet de bevoegdheid het beslagen goed te gebruiken. Een goed voorbeeld is het beslag op

⁹¹⁸ Pres. Rb. Amsterdam 5 januari 1995, *IER* 1995, 21 (verkoop van beslagen zaken).

⁹¹⁹ HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 746, m.nt. H.J. Snijders (*S.D.M./’s-Gravenhage*); afgifte van beslagen zaak door derde-beslagene is onrechtmatig.

⁹²⁰ Rb. Roermond 13 juli 1989, *NJ* 1990, 556 en Pres. Rb. ’s-Gravenhage 20 mei 1994, *KG* 1994, 196.

⁹²¹ HR (Strafkamer) 30 mei 1995, *NJ* 1995, 622 (*Indiana*).

⁹²² HR (strafkamer) 8 april 1975, *NJ* 1975, 297.

⁹²³ Vgl. Rueb 2005, p. 314, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 405 en Heemskerk 2006, nr. 200.

een onroerende zaak. De beslagene kan deze zaak blijven gebruiken. Hetzelfde geldt bij het beslag van een onroerende zaak, bijvoorbeeld een auto.⁹²⁴ Ook dit beslag ontnemt de rechthebbende niet de bevoegdheid om deze auto te blijven gebruiken. Wél moet het gebruik worden getoetst aan het verbod van onttrekking. Is de kans op onttrekking of waardedaling als gevolg van het gebruik te groot dan is ook normaal gebruik verboden. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het beslag op een (zee)schip. Het normale gebruik van dat schip brengt (vrijwel zeker) onttrekking van het schip aan het beslag met zich mee. Dit gebruik wordt daarom getroffen door het verbod van onttrekking. Dit blijkt wel uit art. 564 lid 3 Rv, dat de deurwaarder machtigt om maatregelen te nemen om het vertrek van het schip te beletten en zodoende de naleving van het verbod van onttrekking af te dwingen.

2.1.4 *Indirecte onttrekking*

849. Een tweede beperking van het verbod van onttrekking is ook terug te voeren op het rechtskarakter van het beslag. Het beslag treft een persoon in zijn (pretense) bevoegdheden ten aanzien van een goed. Niet al het handelen van een persoon dat leidt tot onttrekking van een goed aan een beslag betreft evenwel (pretense) bevoegdheden van die persoon ten aanzien van het beslagen goed. Leidt het handelen van een persoon tot onttrekking zonder dat met dat handelen de (pretense) bevoegdheden van die persoon ten aanzien van het goed betrokken zijn, dan is sprake van indirecte onttrekking. Van dit fenomeen geef ik eerst drie voorbeelden. Vervolgens ga ik in op de vraag waar de grens tussen indirecte en verboden onttrekking ligt.

850. Het eerste voorbeeld van indirecte onttrekking is ontleend aan de parlementaire geschiedenis.⁹²⁵ Daarin wordt het voorbeeld opgevoerd van schuldeiser S die een vordering heeft op A. A heeft op zijn beurt een vordering op B. B is echter niet gehouden rechtstreeks aan A te betalen, in plaats daarvan is hij gehouden zijn schuld aan C te voldoen, die op zijn beurt het betaalde aan A zal doen toekomen. Gedacht kan worden aan de situatie waarin B een huis heeft gekocht van A, in welk geval B de koopprijs aan de notaris (C) moet voldoen. De minister heeft over dit voorbeeld opgemerkt dat S voor zijn vordering op A derdenbeslag kan leggen onder C op de vordering die A op C zal verkrijgen als B aan C betaalt. De minister heeft echter ook opgemerkt dat het beslag A er niet van weerhoudt om B te instrueren niet aan C maar aan een ander te betalen. De minister stelt over deze handelwijze:

⁹²⁴ Vgl. Pres. Rb. Middelburg 29 augustus 1988, *KG* 1988, 381.

⁹²⁵ MvA II Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 158-159.

‘De beslaglegger staan geen middelen ten dienste om dit te voorkomen.’⁹²⁶

Een ander voorbeeld van indirecte onttrekking is te vinden in de rechtspraak die betrekking heeft op het frustreren van het bodembeslag van de Ontvanger. Het betreft het geval waarin zaken die onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd onder het bodembeslag vallen.⁹²⁷ Gaat de belastingschuldige failliet, dan vervallen op grond van art. 33 Fw de gelegde beslagen. De zaken die onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd vallen echter niet in de faillissementsboedel en dus vervalt het bodembeslag op deze goederen niet. Als de curator echter besluit om de vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud geldt af te lossen, dan worden de zaken eigendom van de failliet en vervalt alsnog het bodembeslag. Deze handelwijze wordt door de Hoge Raad in beginsel niet als onrechtmatig aangemerkt.⁹²⁸

Een derde voorbeeld van indirecte onttrekking betreft het geval waarin A een vordering heeft op B. Ter verzekering van betaling legt A derdenbeslag onder C op een vordering die B op C heeft. B kan deze vordering *de facto* aan het beslag onttrekken door na het leggen van het beslag vorderingen van C op B te laten ontstaan en deze vorderingen vervolgens te verrekenen met de beslagen vordering (vgl. 6:130 lid 2 BW). Deze handelwijze is in beginsel niet onrechtmatig.⁹²⁹

851. Hoewel in al deze gevallen het verboden rechtsgevolg – onttrekking van een goed aan een beslag – intreedt, is in geen van deze gevallen sprake van schending van het verbod van onttrekking. Kennelijk is in al deze gevallen sprake van indirecte onttrekking. De grens tussen verboden onttrekking van een goed aan een beslag en indirecte onttrekking moet mijns inziens worden gezocht in het rechtskarakter van de handeling die tot onttrekking leidt. Betreft deze handeling het uitoefenen van een aan het beslagen goed verbonden bevoegdheid,

⁹²⁶ MvA II Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 159. Het standpunt van de minister behoeft in zoverre aanvulling dat S wel degelijk middelen ten dienste staan om zich tegen deze handelwijze te verweren. In de regel zal een verstandig beslaglegger niet alleen derdenbeslag leggen onder C, maar ook onder B.

⁹²⁷ Vgl. HR 12 mei 1989, *NJ* 1990, 130, m.nt. W.H. Heemskerk, *Ars Aequi* 1990, 104, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sigmacon I*). In de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt, betrof het zaken die tot zekerheid waren overgedragen.

⁹²⁸ Hierbij moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad er daarbij vanuit gaat dat de Ontvanger niet wordt benadeeld, aangezien de opbrengst van de goederen aan de boedel ten goede komt en de Ontvanger daarom, overeenkomstig zijn rang, kan meedelen in deze opbrengst. In het geval van HR 12 mei 1989, *NJ* 1990, 130, m.nt. W.H. Heemskerk, *Ars Aequi* 1990, 104, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sigmacon I*) was dit in zoverre anders, dat de opbrengst van de goederen (grotendeels) werd gebruikt om het boedelmekrediet, waarmee de vorderingen waarvoor de goederen in zekerheid waren overgedragen, af te lossen. In dat geval kan de Ontvanger, aangenomen dat aan de vereisten hiervoor wordt voldaan, de actio pauliana, of een schadevergoedingsvordering uit onrechtmatige daad instellen.

⁹²⁹ Zie over derdenbeslag en verrekening Broekveldt 2003, par. 5.5.2.

dan is sprake van een verboden onttrekking. Betreft de handeling het uitoefenen van een andere bevoegdheid, dan is sprake van indirecte onttrekking.

852. Past men dit onderscheid toe op de hierboven genoemde voorbeelden, dan blijkt dat de verboden onttrekking steeds gevallen betreft waarin een aan het goed verbonden bevoegdheid wordt gebruikt. Immers, vervreemding, bezwaring, verhuring, althans het aan de huurder ter beschikking stellen van het gehuurde, verplaatsing of afgraving zijn allen aan het beslagen goed verbonden bevoegdheden. In de hierboven genoemde gevallen van indirecte onttrekking is juist telkens geen sprake van het gebruik van een dergelijke bevoegdheid. Het onttrekken van een vordering aan een beslag door opdracht te geven een betaling op een andere wijze te laten verlopen komt neer op een wijziging van de overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit die aanleiding geeft tot de beslagen vordering. Het betalen van een vordering waarvoor de eigendom van een beslagen goed is voorbehouden, is verbonden met de beschikkingsbevoegdheid van de persoon die de vordering betaalt, niet met bevoegdheden die aan het beslagen goed zijn verbonden. Het doen ontstaan van tegenvorderingen betreft de bevoegdheid van een persoon om schulden te doen ontstaan.

853. Op de hoofdregel dat beslag het verbod meebrengt om het goed aan het beslag te onttrekken door het gebruik van aan het goed verbonden bevoegdheden bestaat wel een uitzondering: het stemrecht dat is verbonden aan een aandeel in een kapitaalvennootschap is een aan een goed (het aandeel) verbonden bevoegdheid. Daaruit zou moeten volgen dat het gebruik van het stemrecht ten nadele van de beslaglegger op een dergelijk aandeel wordt getroffen door de blokkerende werking van het beslag. Dit is echter niet het geval. In plaats daarvan bepaalt art. 474ba Rv dat de gerechtigde tot een aandeel gedurende een beslag bevoegd blijft dit stemrecht uit te oefenen. Dit betekent dat deze gerechtigde dit stemrecht kan gebruiken om maatregelen goed te keuren om de waarde van de beslagen aandelen aanmerkelijk te verminderen. Dit betekent echter niet dat het door mij gemaakte onderscheid tussen verbonden en indirecte onttrekking onjuist is. De minister was van mening dat het aan een aandeel verbonden stemrecht moest worden gezien als een ‘persoonlijk’ recht van gerechtigde tot dat aandeel.⁹³⁰ Volgt men deze opvatting, dan moet inderdaad de conclusie zijn dat het beslag het stemrecht niet blokkeert.

Grenzen aan de indirecte onttrekking

854. Zoals we hierboven hebben gezien, levert indirecte onttrekking geen schending op van het verbod van onttrekking. Dat betekent dat de onttrekking niet *op grond van het beslagrecht* als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd

⁹³⁰ Zie hierover Van Daal 2008, nr. 74.

en dat de onttrekking niet wordt getroffen door de blokkerende werking van het beslag. Dit wil niet zeggen dat de onttrekking niet op andere gronden onrechtmatig kan zijn of aanleiding kan geven tot de actio pauliana. Dit blijkt uit de rechtspraak over het frustreren van het fiscale bodembeslag, waarin de Hoge Raad deze mogelijkheden uitdrukkelijk openlaat.⁹³¹

2.1.5 Conclusie

855. De inhoud van het begrip ‘onttrekking’, en daarmee de reikwijdte van het verbod van onttrekking, en de plichten van de beslagene die dit verbod met zich meebrengt, vloeien niet direct voort uit de bepalingen die het beslag regelen. In plaats daarvan worden de reikwijdte van het verbod en de plichten van de beslagene die uit dit verbod voortvloeien, bepaald door het doel van het beslag. Het doel van het beslag is garanderen dat het goed beschikbaar is voor executie. Vandaar dat onder het onttrekken aan een beslag moet worden verstaan elke handeling die ertoe leidt of kan leiden dat een goed niet, niet geheel, niet in dezelfde staat, of niet op dezelfde locatie beschikbaar is voor executie. Het verbod van onttrekking treft geen handelingen die er slechts indirect toe leiden dat een goed aan een beslag wordt onttrokken.

2.2 Blokkerende werking van het beslag

856. Beslag leidt ertoe dat het gevolg van bepaalde (rechts)handelingen niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Men spreekt hierbij van de blokkerende werking van het beslag. Hierboven⁹³² gaf ik al aan dat de wet voor elk type beslag bepaalt welke (rechts)handelingen niet tegen de beslaglegger kunnen worden ingeroepen. De vraag naar de exacte werking van de blokkerende werking is omstreden. In de literatuur worden meerdere theorieën verdedigd. Er wordt gesproken over relatieve nietigheid, relatieve beschikkingsonbevoegdheid en zaaksgevolg van beslag.⁹³³ Aangezien uit niets blijkt dat het mechanisme achter de blokkerende werking van een beslag anders zou werken bij een verdelingsbeslag, laat ik de vraag naar de exacte werking van de blokkerende werking hier rusten. Wel merk ik op dat de blokkerende werking van het beslag zich niet beperkt tot het buiten beschouwing laten van een in weerwil van het beslag verrichtte rechtshandeling voor zover dit nodig is voor het verhaal op een goed. De blokkerende werking leidt ertoe dat de rechtshandeling *in haar geheel* niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Zo mag de rechter bij een opheffingskortgeding geen rekening houden met het belang van de verkrijger van een in weerwil van een beslag overgedragen goed voor zover dit belang voortvloeit uit

⁹³¹ Zie voetnoot 928.

⁹³² Onder nr. 846.

⁹³³ Zie voor een overzicht en een bespreking van deze theorieën Harreman 2007, p. 77 e.v.

zijn in weerwil van het beslag verkregen rechtspositie ten aanzien van het goed.⁹³⁴

3 Rechtsgevolgen van een verdelingsbeslag

857. De rechtsgevolgen van het verdelingsbeslag verschillen in beginsel niet van die van het verhaalsbeslag. Ook een verdelingsbeslag brengt een verbod van onttrekking met zich mee. Het heeft evenzeer blokkerende werking. De wet maakt enkel ten aanzien van de toepasselijkheid van art. 505 lid 3 Rv een expliciete uitzondering (3.1). Dat wil echter niet zeggen dat de uitwerking van de rechtsgevolgen van een verdelingsbeslag op alle punten gelijk is met die van een verhaalsbeslag. Drie aspecten verdienen speciale aandacht; de bevoegdheid van de deelgenoten om het beslagen goed te verdelen (3.2), de beschikkingsbevoegdheid van de deelgenoten ten aanzien van hun aandeel in een beslagen goed (3.3) en de bestuursbevoegdheid van de deelgenoten ten aanzien van een beslagen goed (3.4).

3.1 Niet-toepasselijkheid art. 505 lid 3 Rv

858. De blokkerende werking van het beslag op een onroerende zaak wordt geregeld door art. 505 Rv. Dit artikel bepaalt in lid 2 dat een vervreemding, bezwaring, onderbewindstelling, verhuring of verpachting, tot stand gekomen na de inschrijving van het proces-verbaal van beslaglegging in de openbare registers (art. 504 en 505 lid 1 Rv), niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Lid 2 maakt daarbij een uitzondering voor de huur van woonruimte waarop art. 7:271 tot en met 277 BW van toepassing is, tenzij de verhuring heeft plaatsgevonden na de aankondiging van de openbare verkoop (art. 516 Rv) of de huurder wist dat de verhuring de beslaglegger zou benadelen in zijn verhaalsmogelijkheden.

859. Hiermee plaatst art. 505 lid 2 Rv de prioriteitsregel op de voorgrond. Deze regel, die ook in art. 3:21 BW kan worden teruggevonden, houdt in dat de oudste inschrijving prioriteit heeft. Art. 505 lid 3 Rv maakt op deze regel een uitzondering. Lid 3 ziet op de situatie dat een akte betreffende de vervreemding of bezwaring reeds vóór de inschrijving van het beslag is verleden, maar op de dag van inschrijving van het beslag nog niet is ingeschreven. In deze situatie kan de vervreemding of bezwaring nog tegen de beslaglegger worden ingeroepen mits de inschrijving van de akte houdende vervreemding of bezwaring uiterlijk geschiedt op de eerste dag waarop het kantoor van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers voor het publiek is opengesteld na de dag van de inschrijving van het beslag. Het artikellid geeft hiermee prioriteit aan een ver-

⁹³⁴ HR 23 december 1966, *NJ* 1968, 37, m.nt. D.J. Veegens (*Koster/Stijnen*).

vreemding of bezwaring waarvan de akte eerder tot stand is gekomen dan het beslag is ingeschreven.

860. Op deze uitzondering op de prioriteitsregel op de voet van art. 505 lid 3 Rv maakt de wet bij beide verdelingsbeslagen weer een uitzondering. Voor het deelgenotenbeslag bepaalt art. 734 lid 1 Rv dat art. 505 lid 3 Rv toepassing mist. Voor het maritaal beslag bevat de wet een soortgelijke regel in art. 770a Rv. Dit betekent dat voor beide verdelingsbeslagen de prioriteitsregel van art. 505 lid 2 Rv onverkort geldt. De achtergrond van deze uitzondering is gelegen in een afweging tussen de belangen van de beslaglegger en de verkrijger van het beslagen goed.⁹³⁵ Deze afweging lijkt mij juist. De regel van art. 505 lid 3 Rv beschermt het belang van de aspirant-verkrijger om het registergoed daadwerkelijk te verkrijgen en, aangezien de aspirant-verkrijger in het geval van art. 505 lid 3 Rv niet op de hoogte van het beslag kan zijn, het belang van een vlot lopend rechtsverkeer. Tegenover deze belangen moet het belang van degene die een verhaalsbeslag legt wijken. Zijn belang is ‘slechts’ het behoud van de *mogelijkheid* van verhaal op het beslagen goed. Bij vervreemding of bezwaring van het goed gaat deze verhaalsmogelijkheid weliswaar verloren, maar daar staat tegenover dat verhaal op de koopprijs mogelijk wordt. Voor zover deze koopprijs ontbreekt of geen reële verhouding heeft met de waarde van het registergoed staat de beslaglegger bovendien de *actio pauliana* ter beschikking. Een verdelingsbeslag beschermt (tevens) het *recht* van de beslaglegger om het beslagen goed als gevolg van de verdeling te ontvangen. Dit recht blijft echter niet intact na de vervreemding van het goed.

3.2 De bevoegdheid van de deelgenoten om een goed te verdelen

861. Bij een verhaalsbeslag voor gemeenschapsschulden treft de blokkerende werking van het beslag ook de verdeling en de daaropvolgende levering. Immers, verdeling gevolgd door levering moet worden aangemerkt als een vervreemdingshandeling. Bovendien leidt een verdeling gevolgd door levering er in beginsel toe dat op het goed geen verhaal kan worden genomen.⁹³⁶

862. Betwijfeld kan worden of een verdelingsbeslag de deelgenoten beperkt in hun bevoegdheid om het beslagen goed te verdelen. Immers, zowel voor het deelgenotenbeslag (art. 733 lid 2 Rv) als voor het maritale beslag (art. 770b Rv) wordt bepaald dat het beslag vervalt als het beslagen goed wordt toebedeeld aan een andere deelgenoot dan de beslaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel de beslaglegger optreedt wordt toebedeeld. Verder bepaalt art. 770b Rv in het kader van het maritale beslag dat het beslag vervalt als het goed aan de beslag-

⁹³⁵ Zie MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 335 voor het deelgenotenbeslag en MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 356 voor het maritale beslag.

⁹³⁶ Zie voetnoot 105.

legger wordt toebedeeld en geleverd. Uit art. 735 lid 1 volgt voor het deelgenotenbeslag hetzelfde, zij het dat het deelgenotenbeslag ook vervalt zes maanden nadat in de hoofdzaak een uitspraak is verkregen die in kracht van gewijsde is gegaan en een executoriale titel oplevert.

Uit deze regels kan worden afgeleid dat de deelgenoten door een verdelingsbeslag niet worden beperkt in hun bevoegdheid om het beslagen goed te verdelen en vervolgens te leveren. Dit lijkt mij in beginsel juist. Mijns inziens moet het verval van het beslag op de voet van art. 733 lid 2 respectievelijk art. 770b Rv worden begrepen als een impliciete opheffing door de beslaglegger. Een verdeling is alleen geldig als alle deelgenoten aan de verdeling hebben deelgenomen (art. 3:195 BW).⁹³⁷ Aangezien de opheffing van een beslag vormvrij kan geschieden,⁹³⁸ bestaat geen bezwaar om in de medewerking van de beslagleggende deelgenoot aan de verdeling tevens de opheffing van het beslag te zien. Als het goed aan een ander dan de beslaglegger wordt toegedeeld zal de beslaglegger het beslag onmiddellijk opheffen, wordt het goed aan hemzelf toegedeeld dan zal hij het beslag pas opheffen op het moment dat het goed daadwerkelijk aan hem wordt geleverd. Iets dergelijks geldt eveneens als deelgenotenbeslag is gelegd door een beperkt gerechtigde op een aandeel in een gemeenschappelijk goed.

Is daarentegen deelgenotenbeslag gelegd door een privéschuldeiser van een deelgenoot, dan ligt het bovenstaande anders. Medewerking van een privéschuldeiser aan de verdeling is pas noodzakelijk als deze schuldeiser een bevel tot verdeling heeft verkregen (art. 3:180 lid 2 jo. art. 3:195 BW). Zolang dit bevel niet is verkregen, staat het de deelgenoten vrij om de gemeenschap zonder inmenging van de privéschuldeiser te verdelen. Deelgenotenbeslag verhindert dan, conform de hoofdregel, dat de deelgenoten het beslagen goed kunnen verdelen en leveren. Heeft de privéschuldeiser het bevel tot verdeling verkregen, dan moet hij meewerken aan de verdeling. Deze medewerking houdt dan ook de opheffing van het beslag in.

3.3 *Beschikkingsbevoegdheid over aandelen*

863. Bij ieder beslag op een gemeenschapsgoed dringt de vraag zich op of het beslag op dat goed ook de beschikkingsbevoegdheid van de deelgenoten over de individuele aandelen in dat goed beïnvloedt. Deze vraag kan mijns inziens aan de hand van de ratio van het beslag worden beantwoord. Een verhaals-

⁹³⁷ Vgl. nr. 279-288.

⁹³⁸ Mijnsen 2003, p. 54, vermeldt dat voor de opheffing geen vorm is voorgeschreven. Dit betekent dat op grond van art. 3:33 jo. art. 3:37 lid 1 jo. art. 3:59 BW het opheffen van het beslag vormvrij is. Vgl. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 410, die vermelden dat de opheffing bij gewone brief kan geschieden.

beslag op een gemeenschapsgoed dient ertoe het verhaalsrecht van de beslagleggende gemeenschapsschuldeiser op het beslagen gemeenschapsgoed te waarborgen. Wordt een aandeel in dat goed vervreemd, dan vervalt daarmee het verhaalsrecht van de gemeenschapsschuldeiser.⁹³⁹ Hieruit volgt mijns inziens dat het verhaalsbeslag op een gemeenschapsgoed ook de beschikkingshandelingen ten aanzien van de aandelen in het beslagen goed blokkeert.⁹⁴⁰

Een verdelingsbeslag heeft de strekking de rechten van een deelgenoot bij de verdeling te waarborgen. Daarbij waarborgt een maritaal beslag zowel het recht om mee te delen in de waarde van het goed als een bijzonder belang bij toedeling van het goed. Een deelgenotenbeslag beschermt uitsluitend een bijzonder belang bij toedeling van het beslagen goed. Beschikt een deelgenoot over een aandeel in een goed, of eventueel over het aandeel in de gemeenschap, dan wordt het recht om mee te delen in de waarde van het goed niet aangetast. Zowel de vervreemder als de verkrijger is gehouden om aan de gemeenschap te voldoen hetgeen de vervreemder aan haar schuldig was (art. 3:176 BW). Een bijzonder belang bij toedeling van een goed kan door de overdracht van een aandeel wel worden aangetast. Het is mogelijk dat de verkrijger ook een bijzonder belang bij toedeling van het beslagen goed heeft, terwijl de vervreemder dat niet had. Mijns inziens volgt hieruit dat een verdelingsbeslag ook de vervreemding van een aandeel blokkeert voor zover de verkrijger van dat aandeel in een sterkere positie verkeert waar het gaat om de vraag aan wie het beslagen goed moet worden toegedeeld.⁹⁴¹

3.4 Bestuursbevoegdheden ten aanzien van een beslagen goed

864. Het is de vraag of een verdelingsbeslag ingrijpt in de bestuursbevoegdheden van de deelgenoten. Bij de beantwoording van deze vraag moet worden bedacht dat een beslag formeel genomen de bevoegdheden van de rechthebbende ongemoeid laat.⁹⁴² Zo kan de rechthebbende het beslagen goed nog steeds vervreemden. Het gebruik van bevoegdheden in weerwil van het beslag wordt echter wel beslagrechtelijk gesanctioneerd. Overtreedt de beslagene het verbod van onttrekking, dan levert dit een onrechtmatige daad op en maakt hij zich, onder de voorwaarden van art. 198 Sr, schuldig aan een strafbaar feit. Bovendien

⁹³⁹ Zie noot 105.

⁹⁴⁰ Vgl. nr. 111.

⁹⁴¹ Voor de goede orde wijs ik erop dat het beschikken over een aandeel in een gemeenschapsgoed ook de positie van de beslagleggende deelgenoot kan verslechteren doordat daardoor de gemeenschap in verschillende gemeenschappen uiteenvalt. Deze gemeenschappen dienen ieder apart te worden verdeeld. Dit belang wordt echter noch door het deelgenotenbeslag noch door het maritaal beslag beschermd. Dit belang wordt wél beschermd door de beperking van de beschikkingsbevoegdheid van een deelgenoot over het aandeel in een goed op grond van art. 3:175 of 190 BW.

⁹⁴² Zie voor het maritale beslag Van der Lee 1997, p. 26-27.

kan een handeling die wordt getroffen door de blokkerende werking van een beslag niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Dit betekent dat, hoewel formeel gezien de bevoegdheden van de beslagene intact blijven, materieel gezien diens bevoegdheden worden beperkt.

865. De rechtsgevolgen die een maritaal beslag heeft op de bestuursbevoegdheden van de deelgenoten worden door Van der Lee uitgewerkt.⁹⁴³ Hij maakt een indeling naar beschikken, beheer en gebruik, althans feitelijke handelingen ten aanzien van het beslagen goed. Hij stelt dat het beslag beschikkingshandelingen van de beslagen echtgenoot weliswaar blokkeert, maar dat deze echtgenoot bevoegd blijft om het goed te beheren en te gebruiken. Zo blijft in zijn optiek de beslagen echtgenoot gerechtigd een beslagen wasmachine te laten repareren. Van der Lee stelt daarnaast dat de beslagen echtgenoot bevoegd blijft feitelijke handelingen ten aanzien van het goed te verrichten. Te denken valt aan het verplaatsen van de beslagen roerende zaak.

866. Ik kan mij in deze opvatting niet vinden. Mijns inziens wordt hierbij onvoldoende onderscheid gemaakt tussen het verbod van onttrekking en de blokkerende werking van het beslag. Met Van der Lee ben ik van mening dat de blokkerende werking van het beslag beschikkingshandelingen treft. Het verbod van onttrekking vat Van der Lee mijns inziens echter te beperkt op. Bij een verhaalsbeslag houdt het verbod van onttrekking in dat de beslagene is gehouden zich te onthouden van gebruik van aan het beslagen goed verbonden bevoegdheden voor zover dit gebruik ertoe kan leiden dat het beslagen goed niet, niet geheel, niet in dezelfde staat, of niet op dezelfde locatie beschikbaar is voor executie. In de context van een verdelingsbeslag moet onder het verbod van onttrekking worden verstaan de verplichting van de beslagene om zich te onthouden van het gebruik van aan het goed verbonden bevoegdheden (oftewel het verrichten van bestuurshandelingen) voor zover dit gebruik ertoe kan leiden dat het beslagen goed niet, niet geheel, niet in dezelfde staat, of niet op dezelfde locatie beschikbaar is voor verdeling. Het is daarbij niet van belang of de bestuurshandelingen feitelijke handelingen⁹⁴⁴ zijn of rechtshandelingen. Evenmin relevant is of deze handelingen beschikkings- of beheershandelingen betreffen. Wél relevant is de vraag of de handelingen kunnen worden gekwalificeerd als normaal gebruik. Normaal gebruik blijft, binnen de grenzen van de bestuursverdeling, toegestaan, tenzij de waardedaling van het goed of de kans op onttrekking als gevolg van het gebruik te groot is.

⁹⁴³ Van der Lee 1997, p. 26-27.

⁹⁴⁴ Zo is het bijv. verboden om een goed waarop maritaal beslag is gelegd, te verplaatsen en vervolgens de locatie daarvan geheim te houden; vgl. HR (strafkamer) 8 april 1975, *NJ* 1975, 297.

4 In weerwil van het beslag verrichte handeling en verdeling

867. De verdeling en de daarop volgende levering moeten worden gezien als de executie van een verdelingsbeslag. Zijn de beslagen goederen niet in weerwil van het beslag vervreemd en zijn er geen andere rechtshandelingen in weerwil van het beslag verricht, dan heeft het beslag verder geen invloed op de verdeling. Is dit echter wel gebeurd, is bijvoorbeeld een beslagen goed in weerwil van het beslag vervreemd, dan is het de vraag welke invloed dit heeft op de verdeling. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen twee gevallen. In het eerste geval is het goed weliswaar in weerwil van het beslag vervreemd, maar wordt de vervreemding getroffen door de blokkerende werking van het beslag (4.1). Dit doet zich voor indien bekend is aan wie het goed is vervreemd, de verkrijger niet wordt beschermd en de beslaglegger het goed ten behoeve van de verdeling opeist. In het tweede geval is het goed definitief aan de gemeenschap onttrokken (4.2). Dit wil zeggen dat het goed niet meer kan worden getraceerd, of de verkrijger wordt beschermd op grond van zijn goede trouw, of de beslaglegger het goed niet opeist ten behoeve van de verdeling. Kan de beslaglegger het goed wél met succes opeisen, dan rijst de vraag tegen wie een eventuele schadevergoedingsvordering van de verkrijger kan worden ingesteld en op welk vermogen die kan worden verhaald (4.3). Heeft de vervreemding van het goed in een opbrengst geresulteerd, dan moet worden bezien aan wie deze opbrengst toekomt (4.4).

4.1 *Vervreemding wordt getroffen door de blokkerende werking van het beslag*

868. Als voorbeeld van de situatie waarin een vervreemding wordt getroffen kan de volgende casus dienen. Stel dat tussen A en B een huwelijksgemeenschap bestaat of tussen A, B en C een ander soort gemeenschap. In beide gevallen behoort tot deze gemeenschap een auto. Ter verzekering van zijn rechten legt A verdelingsbeslag op de auto. In weerwil van dit beslag vervreemdt B de auto aan X. Wordt deze vervreemding getroffen door de blokkerende werking van het beslag en wordt de auto ten behoeve van de verdeling met succes door A opgeëist, dan doen zich vervolgens vier mogelijkheden voor:

1. de auto wordt aan A toebedeeld (4.1.1);
2. de auto wordt aan B toebedeeld (4.1.2);
3. de auto wordt aan C toebedeeld (4.1.3); of
4. de auto wordt ten behoeve van de verdeling verkocht en de opbrengst wordt verdeeld (4.1.4).

4.1.1 *Het beslagen goed wordt aan de beslaglegger toebedeeld*

869. De situatie waarin de auto aan A wordt toebedeeld levert nauwelijks problemen op. Als gevolg van de levering die op de verdeling volgt, gaat het goed definitief behoren tot het vermogen van A. X heeft slechts een vordering tot schadevergoeding tegen B.

4.1.2 *Het beslagen goed wordt aan de vervreemdende deelgenoot toebedeeld*

870. De enkele toedeling van de auto aan B doet op grond van art. 735 lid 1 dan wel 770b lid 1 Rv het verdelingsbeslag vervallen. Levering op grond van art. 3:186 lid 1 BW aan B is hiervoor, blijkens de wettekst, geen vereiste. Met het vervallen van het beslag wordt de vervreemding aan X niet langer geblokkeerd. De vervreemding die tot het verval van het beslag niet tegen de beslaglegger kon worden ingeroepen sorteert nu – ook tegen de beslaglegger – volledig effect.⁹⁴⁵ De auto behoort definitief tot het vermogen van X.⁹⁴⁶

871. Dit betekent dat B de auto, die hem bij de verdeling is toebedeeld, niet ontvangt. Dit kan ertoe leiden dat B als gevolg van de verdeling minder krijgt dan zijn deel van de gemeenschap. Dit is het geval als de auto voor een hogere waarde in de verdeling is betrokken dan waarvoor B hem heeft vervreemd. Stel bijvoorbeeld dat de gemeenschap inclusief de auto € 9.000 waard is, en de auto voor € 3.000 is gewaardeerd. B heeft de auto echter aan X verkocht voor € 2.000. Dit betekent dat als gevolg van de verdeling A en C in waarde € 3.000 ontvangen, terwijl B slechts € 2.000 ontvangt. Het is de vraag of B dan een recht op schadevergoeding jegens de overige deelgenoten heeft, of dat de verdeling niet in stand kan blijven en de gemeenschap opnieuw moet worden verdeeld.

872. Een vordering tot schadevergoeding kan op twee grondslagen worden gebaseerd. Allereerst kan deze vordering worden gebaseerd op art. 3:188 BW. Dit artikel moet worden beschouwd als species van de regeling van wanprestatie bij de verdeling. Het artikel bepaalt dat de deelgenoten verplicht zijn om elkaar naar evenredigheid de schade te vergoeden die het gevolg is van een uitwinning of stoornis, voortgekomen uit een vóór de verdeling gelegen oorzaak. Het feit dat B de auto die hem bij de verdeling is toebedeeld niet op grond van de verdeling verkrijgt, kan als een dergelijke stoornis worden gekwalificeerd. Art. 3:188 BW sluit toepasselijkheid van de regeling van wanprestatie niet uit. Een vordering tot schadevergoeding kan dus ook worden gebaseerd op art. 6:74 e.v. BW. Dergelijke vorderingen stuiten echter af op het bepaalde in art. 3:188

⁹⁴⁵ Vgl. Hof Arnhem 11 juni 2006, *JBPr* 2007, 10, m.nt. E. Loesberg.

⁹⁴⁶ Vgl. Mijnsen 2003, p. 15; vgl. HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56, m.nt. W.M. Kleijn (*Baarns beslag*). Hierin zit een verschil met vervreemding in weerwil van een faillissement. In dat geval is gezien het arrest HR 14 juli 2000, *NJ* 2001, 685 (*Van de Mosselaar/X q.q.*) een nieuwe levering vereist.

lid 2 en 6:75 BW, nu het feit dat B de auto niet als gevolg van de verdeling ontvangt wordt veroorzaakt door zijn eigen schuld.

873. Het niet in stand blijven van de verdeling en een daarmee samenhangend herverdelingsrecht kan in elk geval niet worden gebaseerd op nietigheid of vernietigbaarheid van de verdeling. Hiervoor ontbreekt eenvoudigweg een grondslag. Een herverdelingsrecht zou wel kunnen worden gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid (art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 BW). Van een dergelijk herverdelingsrecht zou mijns inziens echter alleen sprake kunnen zijn als het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is om B aan de overeengekomen verdeling te houden.⁹⁴⁷ Bij de beantwoording van de vraag of B aan de verdeling kan worden gehouden, moet onderscheid worden gemaakt tussen een maritaal beslag en een deelgenotenbeslag.

874. Wanneer het feit dat B de auto die hem bij de verdeling is toebedeeld niet ontvangt is terug te voeren op een maritaal beslag, dan kan niet worden gezegd dat het onaanvaardbaar is om B aan de verdeling te houden. Immers, door deze verdeling ontvangt A de waarde die de gemeenschap zou hebben gehad als B de auto niet zou hebben vervreemd. Dit belang wordt door het maritale beslag beschermd.

875. Het belang van A om mee te delen in de waarde van de auto wordt echter niet beschermd door het deelgenotenbeslag. Zo bezien is er ruimte voor de stelling dat het op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om B aan deze verdeling te houden. Dit schept ruimte voor herverdeling van de gemeenschap waarbij het feit dat de auto niet tot de gemeenschap behoort door A moet worden geaccepteerd nu vaststaat dat A de auto niet als gevolg van de verdeling zou verkrijgen.

876. Hervereiding zal echter in veel gevallen achterwege moeten blijven. Voor herverdeling is immers alleen ruimte indien het *onaanvaardbaar* is om B aan de verdeling te houden. Uit de rechtspraak blijkt dat het niet eenvoudig is om deze ‘onaanvaardbaarheidsdrempel’ te nemen.⁹⁴⁸ Bij de beantwoording van de vraag of de onaanvaardbaarheidsdrempel wordt gehaald, zal het feit dat B de schade zelf heeft veroorzaakt zeker meewegen. Daarnaast moet een afweging worden gemaakt tussen het belang van B bij herverdeling en het belang van de overige deelgenoten bij het in stand blijven van de verdeling. Het belang van de overige deelgenoten bij instandhouding van de verdeling weegt daarbij zwaar. De verdeling is immers een tijdrovend proces en bovendien roept een herverdeling vaak nieuwe complicaties op. Zo kan herverdeling er, indien meerdere goe-

⁹⁴⁷ Vgl. nr. 300.

⁹⁴⁸ Zie bijv. HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (*GTI Zwolle/Zürich Versicherungsgesellschaft*).

deren in weerwil van het beslag zijn vervreemd, toe leiden dat goederen die aanvankelijk aan de beslaglegger waren toebedeeld thans aan de beslagene worden toebedeeld. Dit leidt er weer toe dat ook deze goederen voor de gemeenschap verloren gaan, hetgeen op zijn beurt weer een nieuwe herverdeling noodzakelijk zou maken. Bij de afweging of de belangen van B bij herverdeling of de belangen van A en C bij instandhouding van de verdeling de doorslag moeten geven kan inspiratie worden geput uit de dwalingsregeling van art. 3:196 BW. Deze regeling bepaalt dat een verdeling die onder invloed van dwaling tot stand is gekomen slechts kan worden vernietigd als de dwalende deelgenoot door deze verdeling met minstens één vierde wordt benadeeld. Deze beperking is gebaseerd op een afweging tussen de belangen van de dwalende deelgenoot bij de mogelijkheid van vernietiging van de verdeling en de belangen van de overige deelgenoten bij het in stand blijven van de verdeling.⁹⁴⁹ Mijns inziens kan deze beperking ook als vuistregel dienen bij de beantwoording van de vraag of het onaanvaardbaar is om B aan de verdeling te houden.

877. Bij zowel maritaal beslag als bij deelgenotenbeslag kan het zo zijn dat B weigert mee te werken aan het tot stand komen van een verdeling waarbij de auto aan hem wordt toebedeeld. Hij zal immers als gevolg van deze verdeling de auto niet ontvangen. Daarbij moet wel worden bedacht dat het feit dat de auto deel gaat uitmaken van het vermogen van X ertoe leidt dat een vordering tot schadevergoeding van X jegens B achterwege zal blijven. Voor zover deze overweging B niet tot medewerking brengt, geldt dat zijn verzet op de enkele grond dat hij het goed als gevolg van de verdeling niet zal ontvangen zinloos is. Uit de blokkerende werking van het beslag volgt namelijk dat een rechter die de verdeling op grond van art. 3:185 BW vaststelt geen rekening met de vervreemding mag houden.⁹⁵⁰

4.1.3 Het beslagen goed wordt toebedeeld aan een deelgenoot die noch de beslaglegger is, noch de vervreemdende deelgenoot

878. Wordt het goed aan C toebedeeld, dan is het de vraag wat het gevolg is van deze toedeling. In deze situatie kan het alleen maar gaan om een deelgenotenbeslag. Toedeling van het goed aan C brengt op basis van art. 733 lid 2 Rv verval van het beslag met zich. Dit betekent dat het goed definitief tot het vermogen van X gaat behoren. Dit leidt ertoe dat C minder van de gemeenschap ontvangt dan zijn deel is. In mijn bovenstaande rekenvoorbeeld was de gehele gemeenschap inclusief de auto € 9.000 waard. Daarvan ontvangen A en B € 3.000, terwijl C netto niets ontvangt. Daar staat tegenover dat C tegenover B recht heeft op (een gedeelte van) hetgeen B van X heeft ontvangen. Immers,

⁹⁴⁹ Vgl. Meijer 1986, 33.

⁹⁵⁰ Vgl. nr. 856.

voor zover dit bedrag al niet van rechtswege tot de gemeenschap is gaan behoren is B in elk geval gehouden dit bedrag in te brengen in de gemeenschap (vgl. art. 3:167 BW). Bij de verdeling van dit bedrag moeten B en C rekening houden met de verdeling die reeds heeft plaatsgevonden. Voor zover C bij de oorspronkelijke verdeling te kort is gedaan heeft hij dus recht op hetgeen B heeft ontvangen.

879. In mijn rekenvoorbeeld had B € 2.000 ontvangen. Na afdracht komt C dus nog € 1.000 te kort. Voor dit bedrag heeft hij een vordering op grond van art. 3:188 of art. 6:74 BW op A en B. Immers, C heeft geen schuld aan de vervreemding van het goed. Dit betekent dat A en B gehouden zijn ieder € 333,33 aan C af te dragen. Op deze wijze ontvangt ieder der deelgenoten € 2.666,66. A wordt dus niet beter van het beslag, hetgeen in overeenstemming is met het feit dat het belang dat A heeft bij de waarde van de auto niet wordt beschermd door het deelgenotenbeslag. Aangezien C uiteindelijk zijn deel van de waarde van de gemeenschap ontvangt, lijkt het me niet onaanvaardbaar om C aan de verdeling te houden. Van een herverdelingsplicht is dus geen sprake.

4.1.4 *Het beslagen goed wordt ten behoeve van de verdeling verkocht*

880. Tot slot is het mogelijk dat de deelgenoten besluiten het beslagen goed, in mijn voorbeeld de auto, te verkopen ten behoeve van de verdeling (art. 3:185 lid 2, aanhef en onder c, BW). Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen maritaal beslag en deelgenotenbeslag. Het recht op de waarde van een goed wordt immers alleen beschermd door het maritale beslag. Het besluit om een goed dat in weerwil van een deelgenotenbeslag is vervreemd te verkopen, moet daarom worden gezien als het besluit om de vervreemding te erkennen onder de voorwaarde dat de vervreemder de ontvangen tegenprestatie in de gemeenschap inbrengt. Gaat het om een maritaal beslag, dan kan de verkoop van het goed aan een derde gewoon plaatsvinden. Als gevolg van deze verkoop en de daaropvolgende levering wordt de derde rechthebbende. Voor dit geval kent de wet kent geen bepaling die het verval van het beslag regelt. Zoals ik hierboven⁹⁵¹ al aangaf, moeten deze bepalingen worden begrepen als een uitwerking van de wil van de beslaglegger. Wordt het goed met medewerking van de beslaglegger aan een derde verkocht en geleverd, dan moet in deze medewerking ook het opheffen van het beslag worden gezien.

4.2 *Het goed is definitief aan het beslag onttrokken*

881. Is het goed definitief aan het beslag onttrokken, dan kan de beslaglegger het goed niet op grond van de blokkerende werking van het beslag ten behoeve van de verdeling opeisen. Hiermee moet de situatie waarin de beslaglegger be-

⁹⁵¹ Zie nr. 862.

sluit af te zien van het opeisen van het ontbrekende goed maar zich tegenover de vervreemdende deelgenoot wel op het beslag beroept, gelijk worden gesteld. Of de beslaglegger dit in de concrete omstandigheden van het geval mag doen moet worden getoetst aan de hand van de redelijkheid en billijkheid.

Het feit dat het goed aan de gemeenschap is onttrokken wil niet zeggen dat het beslag geen invloed meer heeft. De beslaglegger heeft drie mogelijkheden:

1. schadevergoeding van de vervreemder eisen (4.2.1);
2. eisen dat de deelgenoot die het goed heeft vervreemd een gelijksoortig goed of een geldbedrag in de gemeenschap brengt (4.2.2); en
3. eisen dat het ontbrekende goed in die zin in de verdeling wordt betrokken dat het aan de vervreemdende deelgenoot wordt toebedeeld (4.2.3).

4.2.1 Schadevergoeding door de vervreemder

882. Het meest eenvoudige geval is dat waarin de beslaglegger schadevergoeding eist. In dat geval rijst de vraag hoe groot deze schadevergoeding moet zijn. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen maritaal beslag en deelgenotenbeslag. Waar het gaat om maritaal beslag zal de schadevergoeding in beginsel overeenkomen met de waarde van het aandeel van de beslagleggende deelgenoot in het goed. Er kunnen echter omstandigheden zijn waarin deze schadevergoeding hoger moet zijn. Bijvoorbeeld in een situatie waarin beslag is gelegd op een Chinese vaas die hoort bij een andere Chinese vaas die tot de gemeenschap behoort, of die toebehoort aan de beslagleggende deelgenoot. Deze beide vazen hebben een hogere waarde dan de enkele Chinese vaas. Zou de beslagleggende deelgenoot als de vervreemding van de vaas niet had plaatsgevonden beide vazen in zijn bezit hebben gekregen, dan moet de schadevergoeding hoger zijn dan het aandeel in de waarde van de enkele Chinese vaas. Wil de beslaglegger ook aanspraak kunnen maken op deze meerwaarde, dan zal wel duidelijk moeten zijn dat het goed aan hem zou worden toebedeeld.

Gaat het om het deelgenotenbeslag, dan kan de beslaglegger alleen aanspraak maken op een schadevergoeding als blijkt dat het beslagen goed aan hem zou zijn toebedeeld. De hoogte van de schadevergoeding wordt bepaald door de waarde die het goed voor de deelgenoot heeft.

4.2.2 Inbreng van een gelijksoortig goed of een geldbedrag

883. De beslaglegger kan de vervreemdende deelgenoot verplichten om een gelijksoortig goed in de gemeenschap in te brengen. Op die manier kan de gemeenschap zoveel mogelijk worden verdeeld alsof de vervreemding in weerwil van het beslag nooit heeft plaatsgevonden. Deze mogelijkheid bestaat bij zowel het maritaal beslag als het deelgenotenbeslag.

884. Bij het maritaal beslag kan de beslaglegger de vervreemdende deelgenoot ook verplichten om een geldbedrag in de gemeenschap in te brengen. Onder bepaalde omstandigheden kan deze mogelijkheid voldoende herstel van de gemeenschap betekenen. De verplichting tot inbreng moet mijns inziens worden beschouwd als een schuld aan de gemeenschap in de zin van art. 3:184 BW. Dit betekent dat de beslagleggende deelgenoot kan verlangen dat op het aandeel van de vervreemdende deelgenoot wordt toegerekend hetgeen hij aan de gemeenschap schuldig is. Dit is van belang omdat deze toerekening zorgt voor een feitelijk voorrang van de deelgenoten boven de privéschuldeisers van de vervreemdende deelgenoot.

4.2.3 *Toedeling van het ontbrekende goed aan de vervreemder*

885. De mogelijkheid dat de beslaglegger toedeling kan eisen van het beslagen goed aan de vervreemdende deelgenoot staat alleen bij maritaal beslag open. Deze mogelijkheid vormt een alternatief op de mogelijkheid om een geldbedrag in de gemeenschap in te brengen. Deze optie kan ook worden opgevat als een verbijzondering van mogelijkheid 2. Men kan zeggen dat de vordering tot inbreng van het goed of een daarmee gelijkstaand geldbedrag wordt toebedeeld aan de vervreemdende deelgenoot.

4.3 *De vordering van de verkrijger*

886. De verkrijger aan wie ten gevolge van de blokkerende werking van het beslag een goed is ontnomen heeft een vordering tot schadevergoeding. Deze vordering tot schadevergoeding kan hij geldend maken tegen zijn contractuele wederpartij. Deze heeft wanprestatie gepleegd door de verkrijger niet volledig rechthebbende te maken van het beslagen goed. De vraag wie de wederpartij van de verkrijger is, moet worden beantwoord aan de hand van de beginselen van het contractenrecht. Heeft de vervreemdende deelgenoot in eigen naam gehandeld, dan is hij contractpartij en daarmee aansprakelijk. Heeft de vervreemdende deelgenoot echter krachtens de bestuursverdeling de overige deelgenoten vertegenwoordigd, dan zijn zij evenzeer contractpartij en overeenkomstig art. 6:6 BW en de regels van de specifieke gemeenschap aansprakelijk. Is eenmaal duidelijk wie aansprakelijk is, dan rijst eerst de vraag welke vermogensbestanddelen kunnen worden uitgewonnen en vervolgens de vraag wie draagplichtig is. Deze vragen moeten steeds per gemeenschap worden beantwoord.

887. Op deze wijze is het mogelijk dat de vordering tot schadevergoeding ook de beslaglegger treft. Dit is het geval als deze aansprakelijk is, als zijn privévermogen of het gemeenschapsvermogen uitwinbaar is, of als hij draagplichtig is. Zo kan het bijvoorbeeld zo zijn dat de beslaglegger anticiperend deelgenotenbeslag heeft gelegd op een gemeenschapsgoed dat behoort tot een gemeen-

schap van een personenvennootschap. De vordering van de verkrijger, die ontstaat als gevolg van de blokkerende werking van het beslag, levert in beginsel een gemeenschapsschuld op. Hiervoor is de beslaglegger (mede) aansprakelijk en zijn vermogen kan dan ook worden uitgewonnen. Bovendien kan het gemeenschapsvermogen voor deze schuld worden uitgewonnen. Het is ook mogelijk dat de beslaglegger uitsluitend draagplichtig is. Dit doet zich onder andere voor als een bestuursbevoegde deelgenoot in een eenvoudige gemeenschap of een liquidatiegemeenschap het goed in eigen naam heeft vervreemd. In dat geval kan de schuld in beginsel alleen op deze deelgenoot worden verhaald. De overige deelgenoten zijn echter wel draagplichtig voor deze schuld (art. 3:172 BW).

888. Het is de vraag of de beslaglegger zich met een beroep of het beslag kan onttrekken aan aansprakelijkheid, uitwinbaarheid van zijn privévermogen en draagplicht, en of hij uitwinning van het gemeenschapsvermogen kan voorkomen. Bovendien is het de vraag of de uitwinbaarheid van de gemeenschap, de uitwinbaarheid van het privévermogen van de beslaglegger en de draagplicht van de beslaglegger worden beïnvloed door het beslag.

889. De blokkerende werking van het beslag houdt in dat een handeling die in weerwil van het beslag is verricht niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Dit brengt naar mijn mening ook met zich mee dat er geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid van de beslaglegger voor de vordering die ontstaat als gevolg van de blokkerende werking van het beslag. Immers, wat de beslaglegger betreft heeft de handeling nooit plaatsgevonden. Dit verhindert ook uitwinbaarheid van de gemeenschap die is gebaseerd op gemeenschappelijke aansprakelijkheid van de gezamenlijke deelgenoten nu één van hen, namelijk de beslaglegger, tegenover de verkrijger niet aansprakelijk is.

890. Ook uitwinbaarheid van de gemeenschap op basis van de aansprakelijkheid van de vervreemdende deelgenoot kan niet leiden tot uitwinbaarheid van de gemeenschap. Immers, de beslaglegger kan zich er in een executiegeschil met succes op beroepen dat voor zover het hem betreft de vervreemding nooit heeft plaatsgevonden en dus tegenover hem aan de voorwaarde voor verhaal op de gemeenschap niet is voldaan. De verkrijger kan zich uiteraard wel verhalen op het privévermogen van de vervreemdende deelgenoot. Als de vervreemding behoudens de werking van het beslag bevoegd is verricht, zijn de overige deelgenoten in beginsel draagplichtig. De beslaglegger kan zich ook hier weer met succes op de blokkerende werking van het beslag beroepen. Hij kan stellen dat de vordering van de verkrijger nooit heeft bestaan en hij hier dus ook niet draagplichtig voor is. De overige deelgenoten zijn wél draagplichtig. Hun draagplicht staat tegenover hun recht om mee te delen in de opbrengst van het ontbrekende goed.

4.4 De opbrengst van het ontbrekende goed

891. Is een goed in weerwil van het beslag aan de gemeenschap onttrokken dan kan voor dit goed een al dan niet reële opbrengst in de plaats zijn gekomen. In het bovenstaande voorbeeld van de in weerwil van het beslag vervreemde auto is het bijvoorbeeld mogelijk dat X aan B een koopprijs heeft betaald. Deze koopprijs behoort tot de gemeenschap, althans de vervreemdende deelgenoot is gehouden deze aan de gemeenschap toe te voegen. Mijns inziens heeft een succesvol beroep op de blokkerende werking van het beslag tevens tot gevolg dat ten aanzien van de beslaglegger de koopprijs niet tot de gemeenschap behoort. Dit betekent dat bij de verdeling van de gemeenschap de gemeenschap moet worden verdeeld. Deze koopprijs moet worden verdeeld tussen de deelgenoten die geen beslag hebben gelegd, in bovenstaand voorbeeld deelgenoot B en C.

5 Conclusie

892. In dit hoofdstuk heb ik besproken welke rechtsgevolgen een verdelingsbeslag heeft. Gelijk ieder beslag roept een verdelingsbeslag voor de beslagene een verbod van onttrekking van het beslagen goed in het leven. Het begrip ‘onttrekking’ is, anders dan in de literatuur wordt aangenomen, een open begrip dat moet worden ingevuld aan de hand van de strekking van het beslag. Het verbod van onttrekking betreft alle handelingen die het gebruik van het beslagen goed betreffen en die ertoe kunnen leiden dat het beslagen goed niet, niet geheel, niet op dezelfde locatie of niet in dezelfde staat beschikbaar is voor verdeling, tenzij deze handelingen kunnen worden gekwalificeerd als normaal gebruik en de waardedaling en de kans op onttrekking van het goed aan het beslag als gevolg van dit gebruik niet te groot is. Hiermee treft het verbod van onttrekking de bestuursbevoegdheid van de beslagen deelgenoten. Vanaf het moment dat het beslag is gelegd moet hun handelen worden getoetst aan het verbod van onttrekking.

Een verdelingbeslag leidt ook tot de zogenoemde blokkerende werking van het beslag. Dat wil zeggen dat rechtshandelingen die worden getroffen door de blokkerende werking van het beslag niet tegen de beslaglegger kunnen worden ingeroepen. Dit betekent dat de beslaglegger deze rechtshandelingen ten tijde van de verdeling kan negeren. Hij kan dit doen door het goed ter gelegenheid van de verdeling op te eisen en in de verdeling te betrekken. Hij kan er ook voor kiezen om ten tijde van de verdeling de gewraakte rechtshandeling buiten beschouwing te laten en de gemeenschap te verdelen alsof de gewraakte rechtshandeling niet heeft plaatsgevonden. De positie van een deelgenoot die niet als beslagene is aangemerkt en het beslagen goed niet heeft vervreemd, kan bij de verdeling voor complicaties zorgen.

X. ONRECHTMATIGE BESLAGEN

1 Inleiding

893. In dit hoofdstuk behandel ik de vraag wanneer een verdelingsbeslag onrechtmatig is. In dat kader behandel ik eerst de gevallen waarin een verhaalsbeslag onrechtmatig is (2). Vervolgens ga ik in op de vraag in hoeverre de regels die bepalen wanneer een verhaalsbeslag onrechtmatig is ook kunnen worden toegepast op verdelingsbeslagen (3).

2 Onrechtmatige verhaalsbeslagen

894. In de rechtspraak van de Hoge Raad is een systeem ontwikkeld aan de hand waarvan wordt bepaald of een beslag onrechtmatig is en daarmee de beslaglegger aansprakelijk wordt. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen zaken waarin een beslag geheel ten onrechte wordt gelegd en zaken waarin dit niet zo is. In het eerste geval geldt voor de beslaglegger een risicoaansprakelijkheid, in het tweede slechts een schuldaansprakelijkheid. Ter inleiding op deze problematiek bespreek ik eerst het uitgangspunt dat het beslagrecht normaal gesproken aan de beslaglegger het recht verleent om schade toe te brengen aan de beslagene.

2.1 *Beslag in het perspectief van de onrechtmatige daad*

895. Het conservatie- en executierecht geeft de beslaglegger het recht om zich op bepaalde vermogensbestanddelen van de beslagene te verhalen. Bovendien heeft de beslaglegger onder voorwaarden het recht om deze vermogensbestandsdelen voorafgaande aan de daadwerkelijke executie te blokkeren. De beslaglegger breekt daarmee in op de subjectieve rechten van de beslagene. Voor zover deze inbreuk schade veroorzaakt moet het handelen van de beslaglegger daarom in beginsel als een onrechtmatige daad worden gekwalificeerd. De beslagbevoegdheid die het beslagrecht de beslaglegger verleent, vormt voor de beslaglegger echter een rechtvaardigingsgrond,⁹⁵² zodat in beginsel niet aansprakelijk is. Op dit beginsel bestaan twee uitzonderingen: allereerst is het mogelijk dat achteraf moet worden geconstateerd dat de beslaglegger geen beslagbevoegdheid toekwam. Dan kan hij zich niet op een rechtvaardigingsgrond beroepen en is zijn beslag dus onrechtmatig. In dat geval is sprake van risicoaansprakelijkheid. Voorts is het mogelijk dat de beslaglegger de grenzen van zijn bevoegdheid te buiten gaat. In dat geval is sprake van schuldaansprakelijkheid.

⁹⁵² Van der Kwaak 1990, p. 151.

2.2 Risicoaansprakelijkheid

896. De Hoge Raad leert dat ingeval van een onterecht gelegd beslag voor de beslaglegger een risicoaansprakelijkheid geldt.⁹⁵³ Van een dergelijk beslag is sprake als (achteraf)⁹⁵⁴ komt vast te staan dat niet aan alle eisen voor beslaglegging is voldaan. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de situatie waarin de vordering waarvoor het beslag is gelegd niet blijkt te bestaan⁹⁵⁵ dan wel niet wordt gehandhaafd,⁹⁵⁶ of waarin beslag is gelegd op een niet aan de beslagene toebehorend goed dat niet vatbaar is voor verhaal. Tot de categorie van onterecht gelegde beslagen behoort ook beslaglegging waarbij niet aan de formele eisen voor beslaglegging wordt voldaan.⁹⁵⁷ Genoemd kunnen worden het leggen van conservatoir beslag zonder voorafgaand verlov van de voorzieningenrechter en het verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen bij het leggen van het beslag, al is in dat laatste geval herstel soms mogelijk.

897. De aansprakelijkheid van de beslaglegger voor een ten onrechte gelegd beslag is gebaseerd op de onrechtmatige daad. Dat sprake is van een onrechtmatigheid in de zin van art. 6:162 lid 3 BW is eenvoudig te construeren. Beslag maakt immers inbreuk op de subjectieve rechten van de beslagene. Dat deze onrechtmatige daad de beslaglegger kan worden toegerekend in de zin van art. 6:162 lid 3 BW, óók in het geval waarin de beslaglegger niet lichtvaardig heeft gehandeld en dus van schuld in de zin van verwijtbaarheid geen sprake is, is minder eenvoudig te construeren. Art. 6:162 lid 3 BW biedt hiervoor echter een aanknopingspunt: volgens dit lid kan toerekening ook buiten schuld plaatsvinden. De Hoge Raad baseert de toerekenbaarheid bij een ten onrechte gelegd beslag ook wel op ‘een redelijke wetstoepassing’.⁹⁵⁸ De gedachte is kennelijk dat

⁹⁵³ HR 27 december 1929, *NJ* 1930, 1433 (*Het Hoekhuis/Broeks*), HR 15 april 1965, *NJ* 1965, 331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*), HR 21 februari 1992, *NJ* 1992, 321 (*Van Gastel q.q./Elink-Schuurman q.q.*), HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*), HR 11 april 2003, *NJ* 2003, 440, *Ars Aequi* 2003, 773, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Hoda/Mondi*) en HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 150, HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 92 (*Bruns/Golden Anchor Club*).

⁹⁵⁴ Vgl. HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 92 (*Bruns/Golden Anchor Club*).

⁹⁵⁵ Zie bijv. HR 15 april 1965, *NJ* 1965, 331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*) en HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

⁹⁵⁶ A-G Asser onder 2.3 in zijn conclusie voor HR 21 februari 1992, *NJ* 1992, 321 (*Van Gastel q.q./Elink-Schuurman q.q.*).

⁹⁵⁷ Vgl. HR 15 april 1965, *NJ* 1965, 331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*), waarin de Hoge Raad oordeelt dat de risicoaansprakelijkheid voor ten onrechte gelegde beslagen geldt, ingeval het beslag vervalt als gevolg van het afwijzen van de vordering tot vanwaardeverklaring. De vordering tot vanwaardeverklaring werd niet alleen afgewezen als bleek dat de vordering in de hoofdzaak van de beslaglegger werd afgewezen, maar ook als niet aan de vormvoorschriften voor het leggen van beslag was voldaan.

⁹⁵⁸ Zie voor een uitgebreide beschouwing over de grondslag voor de aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen Van Rossum 1990, p. 21 e.v.

het relatieve gemak waarmee de schuldeiser conservatoir of executoriaal beslag kan leggen moet worden gecompenseerd door het relatief snel aannemen van aansprakelijkheid voor onterecht gelegde beslagen.⁹⁵⁹

898. Een verklaring die hierbij aansluit kan worden ontleend aan art. 1 P1 EVRM. Volgens het EHRM moeten conservatoire maatregelen niet worden gezien als een inbreuk op het recht van ongestoord genot van eigendom, maar als een – in beginsel toegestane – regulering van eigendom.⁹⁶⁰ Het is echter vaste rechtspraak dat ook regulering van eigendom slechts in overeenstemming met het recht kan geschieden.⁹⁶¹ Wordt conservatoir of executoriaal beslag gelegd zonder dat aan alle eisen hiervoor is voldaan, dan is dus sprake van een schending van art. 1 P1 EVRM, hetgeen de beslagene recht geeft op vergoeding van geleden schade.

899. Het feit dat voor de beslaglegger een risicoaansprakelijkheid geldt, betekent niet dat alle schade die door het ten onrechte gelegde beslag is veroorzaakt voor rekening van de beslaglegger komt. De beslaglegger kan zich verweren met een beroep op eigen schuld of medeschuld van de beslagene (art. 6:101 en 102 BW).⁹⁶² Bovendien kan het in bijzondere situaties zo zijn dat de beslagene misbruik maakt van zijn recht om zich op de onrechtmatigheid van het beslag te beroepen.⁹⁶³

2.2.1 Herstel van verzuimde formaliteiten

900. Van een ten onrechte gelegd beslag, zo is hierboven⁹⁶⁴ gebleken, is niet alleen sprake als achteraf moet worden geconstateerd dat de vordering waarvoor beslag is gelegd ontbreekt, maar ook als niet aan de formele eisen voor beslaglegging is voldaan. Het verzuim van vormvoorschriften kan worden gerepareerd. Art. 438 lid 2 Rv geeft de voorzieningenrechter, die oordeelt in een executiekortgeding, de bevoegdheid om herstel van verzuimde formaliteiten te bevelen.

⁹⁵⁹ Onder het recht van vóór 1992 kon de toerekenbaarheid mede worden gebaseerd op art. 732 en 739 (oud) Rv. Deze artikelen bepaalden dat bij de opheffing van een beslag de rechter de beslaglegger kon veroordelen ‘indien daartoe gronden aanwezig zijn’. In 1992 zijn deze artikelen vervallen.

⁹⁶⁰ EHRM 7 december 1976 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), EHRM 24 oktober 1986 (*Agosi/Verenigd Koninkrijk*), EHRM 22 februari 1994 (*Raimondo/Italië*), EHRM 5 mei 1995 (*Air Canada/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 31 oktober 2006 (*Földes en Földesné Hajlik/Hongarije*).

⁹⁶¹ Zie bijv. EHRM 24 oktober 2006 (*Edwards/Malta*). Zie ook Haeck 2004, nr. 31.

⁹⁶² HR 21 februari 1992, *NJ* 1992, 321 (*Van Gastel q.q./Elink-Schuurman q.q.*) en HR 4 september 1998, *NJ* 1998, 850 (*Simons/Generale Bank*). Beide zaken stammen van vóór 1992, maar zoals de Hoge Raad in het laatst genoemde arrest overweegt verschilt het huidige recht op dit punt niet van het recht van vóór 1992.

⁹⁶³ HR 19 oktober 2001, *NJ* 2002, 256 (*A/Ontvanger*), zie voor de noot HR 19 oktober 2001, *NJ* 257, 257, m.nt. J.W. Zwemmer (*K/Ontvanger*).

⁹⁶⁴ Zie nr. 896.

Deze bevoegdheid komt ook de voorzieningenrechter toe die oordeelt over de vraag of een conservatoir beslag moet worden opgeheven (art. 705 lid 3 jo. art. 438 lid 2 Rv). Voor zover een executiegeschil of een geschil over een conservatoir beslag door de gewone rechter wordt beslist moet worden aangenomen dat ook deze rechter de bevoegdheid heeft het herstel van verzuimde formaliteiten te bevelen. Het is de vraag welke gevolgen het (bevel tot) herstel van verzuimde formaliteiten heeft voor de aansprakelijkheid van de beslaglegger.

901. Het herstel van verzuimde formaliteiten ontnemt naar mijn mening de onrechtmatigheid aan het beslag. Dit geldt ook voor de onrechtmatigheid in het verleden, op voorwaarde dat het herstel terugwerkende kracht heeft. Immers, in dat het geval is het beslag vanaf het moment van beslaglegging geldig en kan niet worden geoordeeld dat het beslag ten onrechte is gelegd.

902. Of het herstel van verzuimde formaliteiten terugwerkende kracht heeft, is niet duidelijk. Oudelaar meent, met een beroep op de rechtszekerheid voor de beslagene, van niet.⁹⁶⁵ Ik deel zijn mening niet, in elk geval niet voor het in 2002 ingevoerde procesrecht. Een belangrijke gedachte die ten grondslag ligt aan dit procesrecht is de deformaliseringsgedachte: de gedachte dat gemaakte procedurele fouten alleen met nietigheid moeten worden bestraft als de door geschonden norm beschermde belangen daadwerkelijk zijn aangetast en dat zo dit niet het geval is, herstel van verzuimde formaliteiten mogelijk is, ook als deze op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven.⁹⁶⁶ Deze gedachte uit zich onder andere in art. 66 en art. 120-122 Rv. Toepassing van de door deze artikelen geboden herstelmogelijkheden leidt er steeds toe dat aanvankelijk ongeldige proceshandelingen na herstel met terugwerkende kracht als geldig worden aangemerkt. Zo leidt het herstel van een nietige appel- of cassatiedagvaarding dat plaatsvindt ná het verstrijken van de appel- of cassatietermijn ertoe dat deze termijn door de aanvankelijk nietige dagvaarding wordt gesauveerd. Ik ben van mening dat in het kader van het beslagrecht de vraag of het herstel van verzuimde formaliteiten terugwerkende kracht heeft, moet worden beantwoord aan de hand van het criterium van art. 66 Rv aldus dat aldus het herstel slechts dan terugwerkende kracht wordt onthouden als de terugwerkende kracht de beslagene (of eventuele derden) onredelijk benadeeld. Bij dit laatste kan worden gedacht aan het geval waarin een beslagexploot door het verzuim de beslagene in het geheel niet heeft bereikt. Herstel van het verzuim is in die situatie denkbaar, maar het toekennen van terugwerkende kracht moet dan achterwege blijven.

903. Het herstel van het verzuim van verzuimde vormen neemt niet weg dat dit verzuim een zelfstandige onrechtmatige daad kan opleveren. De beslaglegger

⁹⁶⁵ Oudelaar 1992, p. 341.

⁹⁶⁶ MvT, Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht, p. 4-5.

heeft immers gehandeld in strijd met een wettelijke plicht (art. 6:162 lid 2 BW). Voor zover het naleven van de formaliteit (mede) dient ter bescherming van de belangen van de beslagene (vgl. art. 6:163 BW), heeft de beslagene recht op vergoeding van de schade die het gevolg is van het verzuim van de formaliteiten.

904. Neem het voorbeeld waarin beslag wordt gelegd op een handelsvoorraad. In het beslagexploot wordt de naam van de beslaglegger niet vermeld, zulks in strijd met art. 702 jis. art. 440 en 45 lid 2, aanhef en onder b, Rv. Dit maakt het beslag in beginsel nietig en onrechtmatig. De voorzieningenrechter zal echter, in de regel, herstel van het exploot bevelen, in plaats van het beslag op te heffen.⁹⁶⁷ Dit herstel ontnemt de onrechtmatigheid aan het beslag. Dit betekent dat de beslagene geen aanspraak kan maken op vergoeding van de schade die het gevolg is van het feit dat de beslagene gedurende een bepaalde tijd zijn handelsvoorraad niet heeft kunnen vervreemden. Het herstel ontnemt echter niet de onrechtmatigheid aan het verzuim zelf. De beslagene kan derhalve aanspraak maken op een proceskostenvergoeding voor een gevoerd opheffingskortgeding en op een vergoeding van de kosten die hij heeft moeten maken om te achterhalen wie de beslaglegger is. Zou de beslaglegger weigeren het verzuim binnen een door de voorzieningenrechter gestelde termijn te herstellen, dan is het beslag alsnog onrechtmatig, hetgeen betekent dat de beslaglegger aansprakelijk is voor *alle* schade die het gevolg is van het beslag. Bovendien zal de voorzieningenrechter in de regel in zijn vonnis hebben bepaald dat de het achterwege blijven van het herstel leidt tot opheffing van het beslag.

2.3 *Schuldaansprakelijkheid*

905. De beslaglegger verkrijgt met de bevoegdheid om beslag te leggen tevens de bevoegdheid om als gevolg van dit beslag de beslagene schade toe te brengen. Dit wil niet zeggen dat een beslag dat overeenkomstig alle voorschriften van het beslagrecht is gelegd, nooit leidt tot aansprakelijkheid van de beslaglegger. De bevoegdheid van de beslaglegger om als gevolg van het beslag de beslagene enige schade toe te brengen is niet onbegrensd. De beslaglegger kan zijn

⁹⁶⁷ In het verleden bestond er geen duidelijkheid of de executierechter ook herstel kan bevelen van op nietigheid voorgeschreven vormen. Oudelaar 1992, p. 339-341 meent van niet. Van Mierlo 2005a, art. 438, aant. 5, meent van wel en het lijkt alsof thans Oudelaar deze mening ook is toegedaan; vgl. Oudelaar 2002, p. 112. Dat deze opvatting de juiste is blijkt uit het feit dat onder in 2002 ingevoerde procesrecht art. 66 Rv is ingevoerd. Dit artikel maakt het mogelijk om een gebrekkig exploot te herstellen, ook wanneer het gebrek met nietigheid wordt bedreigd. In de memorie van toelichting bij dit artikel wordt opgemerkt dat ook de voorzieningenrechter op basis van art. 438 Rv herstel van een nietig exploot kan bevelen; zie MvT, Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht, p. 216. Hetzelfde blijkt uit de memorie van toelichting bij art. 705; zie MvT, Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht, p. 532.

bevoegdheid overschrijden. Of hij dit doet moet per geval worden beantwoord aan de hand van criteria die zijn ontwikkeld voor misbruik van recht. Dit geldt zowel voor het conservatoire⁹⁶⁸ als voor het executoriale⁹⁶⁹ beslag. Of er sprake is van misbruik van recht moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging.⁹⁷⁰ Onder deze omstandigheden vallen bijvoorbeeld de hoogte van de te verhalen vordering, de waarde van de beslagen goederen en de eventuele onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar in zijn belangen wordt getroffen.⁹⁷¹

906. Een min of meer bijzonder geval doet zich voor wanneer slechts een gedeelte van de vordering waarvoor de beslaglegger beslag heeft gelegd, wordt toegewezen. In een dergelijk geval is het beslag rechtmatig gelegd en komt een risicoaansprakelijkheid niet aan de orde. Ook in een dergelijk geval moet de eventuele aansprakelijkheid van de beslaglegger worden beoordeeld aan de hand van de criteria die gelden voor misbruik van recht. Uitgaande van de concrete omstandigheden van het geval kan worden bepaald of een beslag als vexatoir, en daarom als onrechtmatig moet worden aangemerkt.⁹⁷²

3 Onrechtmatige verdelingsbeslagen

907. Toepassing van het hierboven uiteengezette stelsel van risico- en schuldaansprakelijkheid op verdelingsbeslagen leidt ertoe dat het leggen van verdelingsbeslag minder snel tot aansprakelijkheid voor de beslaglegger leidt dan verhaalsbeslag. Bij wijze van toelichting geldt het volgende:

3.1 Risicoaansprakelijkheid voor een onterecht gelegd verdelingsbeslag

908. Van een onterecht verdelingsbeslag zal in de praktijk minder snel sprake zijn dan van een onterecht verhaalsbeslag. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen een deelgenotenbeslag en een maritaal beslag. Voor beide besla-

⁹⁶⁸ Vgl. HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 161 (*Tromp/Regency*), HR 11 april 2003, *NJ* 2003, 440, *Ars Aequi* 2003, 773, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Hoda/Mondi*) en HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 150.

⁹⁶⁹ Vgl. HR 22 april 1983, *NJ* 1984, 145, m.nt. W.H. Heemskerk (*Ritzen/Hoekstra*), HR 30 oktober 1992, *NJ* 1993, 4 (*Zegwaard/De Baat*), HR 5 november 1993, *NJ* 1994, 154, m.nt. P.A. Stein (*De Wit/Van den Berg*) en HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 173, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Schmidt/Thunnissen*), waaruit blijkt dat de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van een executoriale titel kan worden misbruikt. Hieruit volgt dat een executoriaal beslag op zo'n wijze kan worden gelegd dat misbruik wordt gemaakt van de bevoegdheid tot beslaglegging. Wel speelt hier art. 435 lid 1 Rv een rol dat bepaalt dat de executant tegelijkertijd beslag mag leggen op alle voor beslag vatbare goederen.

⁹⁷⁰ HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 161 (*Tromp/Regency*).

⁹⁷¹ HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 161 (*Tromp/Regency*).

⁹⁷² HR 11 april 2003, *NJ* 2003, 440, *Ars Aequi* 2003, 773, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Hoda/Mondi*) en HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 150, anders nog HR 14 april 1872, W. 3452 (*Smit/Zwolsman*).

gen geldt uiteraard dat het verzuim van vormen, behoudens de mogelijkheid tot herstel hiervan, tot een onterecht beslag kan leiden en dus risicoaansprakelijkheid voor de beslaglegger kan opleveren.

3.1.1 *Deelgenotenbeslag*

909. Van een ten onrechte gelegd deelgenotenbeslag is sprake als aan één van de voorwaarden die voor dit beslag gelden, niet is voldaan. Zo is sprake van een ten onrechte gelegd deelgenotenbeslag als het goed niet gemeenschappelijk blijkt te zijn of als blijkt dat de vordering tot verdeling van de beslaglegger wordt afgewezen. Dit is in feite niet anders dan het geval is bij een ten onrechte gelegd verhaalsbeslag. Een belangrijk verschil treedt echter op als het beslagen goed niet wordt toebedeeld aan de beslaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel de beslaglegger optreedt. Daaruit kan namelijk niet worden afgeleid dat het deelgenotenbeslag ten onrechte is gelegd. Immers, het deelgenotenbeslag kan worden gelegd op alle goederen die in het bijzonder *in aanmerking komen* om aan de beslaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt te worden toebedeeld (art. 733 Rv). Dat wil echter niet zeggen dat het goed ook daadwerkelijk aan de deelgenoot voor wiens aandeel beslag is gelegd *moet* worden toebedeeld.⁹⁷³ Van aansprakelijkheid zou pas sprake zijn als komt vast te staan dat de deelgenoot voor wiens aandeel beslag is gelegd niet in het bijzonder in aanmerking kwam om het goed toebedeeld te krijgen.

3.1.2 *Maritaal beslag*

910. Van een ten onrechte gelegd maritaal beslag zal niet snel sprake zijn, omdat de vordering waarvoor normaliter maritaal beslag wordt gelegd, het echtscheidingsverzoek, vrijwel altijd wordt toegewezen. Dit geldt *mutatis mutandis* ook voor een verzoek tot scheiding van tafel en bed. Voor een verzoek tot opheffing van de gemeenschap bij beschikking geldt dit uiteraard niet.

Van een ten onrechte gelegd maritaal beslag is wel sprake als aan één van de andere voorwaarden voor maritaal beslag niet wordt voldaan. Men kan bijvoorbeeld denken aan de eis van gegronde vrees voor verduistering. Of aan deze en andere eisen niet is voldaan zal in de regel in een afzonderlijke procedure moeten worden vastgesteld. Een bijzonder geval vormt de eis dat de goederen waarop maritaal beslag wordt gelegd tot een tussen de echtgenoten bestaande gemeenschap moeten behoren. Ook hier geldt dat de vraag of aan deze eis voldaan in een afzonderlijke procedure moet worden beantwoord. Deze procedure zal in de regel de verdelingsprocedure zijn. Dit betekent dat de kans dat deze eis wordt getoetst veel groter is dan de kans dat andere voor het maritaal beslag geldende eisen worden getoetst.

⁹⁷³ Zie nr. 515-517.

Goederen waarvan de status is betwist

911. In hoofdstuk IV heb ik uiteengezet dat van twee typen goederen de precieze status ongewis kan zijn. Dit zijn de eenvoudige betwiste goederen en de ongewis verknochte goederen.⁹⁷⁴ Ik heb verdedigd dat deze goederen vatbaar zijn voor maritaal beslag zolang de status van deze goederen ongewis is. Zodra duidelijkheid bestaat over de status van deze goederen moet het beslag worden opgeheven. Bij eenvoudige betwiste goederen is dit het geval zodra duidelijk is aan welke echtgenoot het goed toebehoort. Bij ongewis verknochte goederen is dit het geval zodra duidelijk is of het goed al dan niet verknocht is en duidelijkheid bestaat over de rechtsgevolgen daarvan. Bovendien moet gelden dat, gezien de rechtsgevolgen van de verknochtheid, het maritale beslag geen verdere functie heeft.⁹⁷⁵ Na opheffing van het beslag ligt het voor de hand om aan te nemen dat het beslag ten onrechte is gelegd en dat de beslaglegger aansprakelijk is. Deze benadering lijkt uit systematisch oogpunt juist, maar ik ben van mening dat zij ongewenst is. In hoofdstuk IV heb ik geconcludeerd dat de onduidelijkheid die over de status van deze goederen bestaat maritaal beslag mogelijk maakt.⁹⁷⁶ Naar mijn mening zijn aan de wet argumenten te ontleen die met zich meebrengen dat de opheffing van een maritaal beslag op een ‘gewoon’ betwist goed of een ongewis verknocht goed niet automatisch betekent dat het beslag ten onrechte is gelegd.

912. Voor deze stelling is met betrekking tot eenvoudige betwiste goederen een aanwijzing te vinden in de tekst van art. 1:131 BW. Dit artikel bepaalt namelijk dat zolang geen duidelijkheid bestaat over de status van een goed het goed ofwel wordt aangemerkt als onderdeel van een tussen de echtgenoten bestaande huwelijksgemeenschap, ofwel wordt geacht aan beide echtgenoten gezamenlijk te behoren. Zowel met de zinsnede ‘wordt aangemerkt’ als met ‘wordt geacht’ drukt de wet uit dat tegenbewijs tegen de wettelijke aanname niet mogelijk is.⁹⁷⁷ Hierin bestaat een fundamenteel verschil met de zinsnede ‘wordt vermoed’. Hiermee drukt de wet uit dat tegenbewijs wel mogelijk is.⁹⁷⁸ Het bijzondere aan het onweerlegbare vermoeden van art. 1:131 BW is dat het wel degelijk weerlegbaar is. Het vermoeden geldt immers alleen zolang geen van beide echtgenoten zijn recht kan bewijzen. Zolang dit het geval is, bepaalt de wet hoe de rechtsverhoudingen liggen en wordt het goed geacht gemeenschappelijk te zijn.⁹⁷⁹ Hieraan komt een eind als een echtgenoot erin slaagt te bewijzen aan wie

⁹⁷⁴ Zie nr. 535-538.

⁹⁷⁵ Zie voor de vraag wanneer een maritaal beslag bij verknochte goederen een functie heeft nr. 522-530.

⁹⁷⁶ Zie nr. 535-538.

⁹⁷⁷ Hartkamp 1999, nr. 11.

⁹⁷⁸ Hartkamp 1999, nr. 11.

⁹⁷⁹ Luijten & Meijer 2005, nr. 452.

het goed daadwerkelijk toebehoort. Het feit dat de echtgenoot bewijs van zijn stelling weet te leveren heeft, gezien de bewoordingen van art. 1:131 BW, geen terugwerkende kracht. Een maritaal beslag dat is gelegd voordat duidelijkheid over de status van het goed bestaat geldt dus niet als ten onrechte gelegd. Wel moet het beslag, voor zover het geen functie meer heeft, zo snel mogelijk worden opgeheven.

913. Uitsluitend voor de ongewis verknochte goederen geldt als argument dat deze goederen alleen niet in de huwelijksgemeenschap vallen *voor zover* de verknochtheid zich hiertegen verzet (art. 1:94 lid 3 BW). Verdedigbaar is dat de verknochtheid van de goederen zich niet tegen het leggen van maritaal beslag verzet, zolang geen duidelijkheid bestaat over de mate van verknochtheid en de rechtsgevolgen daarvan. Daar komt bij dat de criteria aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een goed in enige mate aan één van de echtgenoten is verknocht en wat de rechtsgevolgen daarvan zijn dusdanig open zijn, dat niet op voorhand zekerheid bestaat over de status van een (mogelijk) verknocht goed. Een mooi voorbeeld vormt het geval van smartengeld. Aanvankelijk oordeelde de Hoge Raad dat dit niet aan één van de echtgenoten verknocht was,⁹⁸⁰ maar in latere rechtspraak nam de Hoge Raad het tegengestelde standpunt in.⁹⁸¹ Hoe kan van de beslaglegger worden verwacht dat hij een dergelijke koerswijziging van de rechtspraak voorziet en afziet van het leggen van maritaal beslag? Hierbij is het vermeldenswaard dat het in de casus waarin de Hoge Raad oordeelde dat smartengeld niet verknocht was, draaide om de vraag of dit smartengeld vatbaar was voor maritaal beslag. Als op grond van het voorgaande wordt aangenomen dat ongewis verknochte goederen vatbaar zijn voor maritaal beslag, dan is smartengeld ook thans nog vatbaar voor maritaal beslag.

914. Zowel voor eenvoudige betwiste goederen als voor de ongewis verknochte goederen geldt dat de echtgenoten tot het moment van echtscheiding of scheiding van tafel en bed in een bijzondere rechtsverhouding tot elkaar staan. De niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten zijn elkaar getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkander het nodige te verschaffen (art. 1:81 BW jo. art. 1:92a BW). Verdedigbaar is dat deze bijzondere rechtsverhouding met zich meebrengt dat de echtgenoten een beroep op het (achteraf) onterechte karakter van het beslag moet worden onthouden. Een argument hiertegen is dat op het moment dat het tot een dergelijk beroep komt de echtgenoten in de regel al gescheiden zullen zijn. Bovendien is de Hoge Raad altijd zeer terughoudend geweest aan het verbinden van vermogensrechtelijke gevolgen aan de plicht van de echtgenoten tot getrouwheid, hulp en bijstand, tenminste voor

⁹⁸⁰ HR 3 januari 1986, *NJ* 1987, 73, m.nt. E.A.A. Luijten (*Antilliaans smartengeld*).

⁹⁸¹ HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693, m.nt. W.M. Kleijn (*Whiplash*).

zover deze gevolgen getrouwheid, hulp en bijstand en het nodige te buiten gaan.⁹⁸²

915. Op basis van de voorgaande argumenten ben ik van mening dat geen sprake is van een ten onrechte gelegd beslag op een goed waarvan de status onduidelijk is, terwijl later blijkt dat dit goed niet gemeenschappelijk was. In dit geval geldt dus niet de risicoaansprakelijkheid van de beslaglegger. Dit wil uiteraard niet zeggen dat de beslaglegger niet schuldaansprakelijk kan zijn. Of dit het geval is, moet worden beoordeeld op basis van de criteria die gelden voor misbruik van recht. Daarbij is mijns inziens een belangrijke rol weggelegd voor de houdbaarheid van het standpunt van de beslaglegger dat sprake was van een betwist goed.

3.2 *Schuldaansprakelijkheid voor een verdelingsbeslag*

916. Bij een verdelingsbeslag is minder snel dan bij een verhaalsbeslag sprake van schuldaansprakelijkheid. Van schuldaansprakelijkheid kan namelijk alleen sprake zijn indien het verdelingsbeslag een daadwerkelijke inperking van de bevoegdheden van de beslagene betekent. Is de beslagene ook zonder het verdelingsbeslag niet bevoegd om het beslagen goed te vervreemden of ten aanzien van het goed vergelijkbare handelingen te verrichten, dan is ook niet goed in te zien hoe het verdelingsbeslag tot schade voor de beslagene kan leiden. Een verdelingsbeslag levert geen daadwerkelijke beperking van de bevoegdheden van de beslagene op wanneer voor het beslagen goed collectief bestuur geldt en het beslag wordt gelegd door een deelgenoot. Hetzelfde geldt wanneer voor het beslagen goed privaat bestuur geldt en dat bestuur door de beslaglegger wordt uitgeoefend. In beide gevallen zijn de beslagen deelgenoten ook zonder het verdelingsbeslag niet bevoegd het beslagen goed te vervreemden of ten aanzien van het goed vergelijkbare handelingen te verrichten. Van het eerste geval is onder andere sprake bij alle gemeenschappen waarop titel 3.7 BW van toepassing is, zoals de eenvoudige gemeenschap, de gemeenschap van een nalatenschap en de gemeenschap van een ontbonden huwelijksgemeenschap. Van het tweede geval is onder andere sprake wanneer ten laste van de niet-bestuursbevoegde echtgenoot in een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap verdelingsbeslag wordt gelegd.

917. Worden de bevoegdheden van de beslagene wél daadwerkelijk ingekort, dan is de beoordelingsmaatstaf aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of het verdelingsbeslag schuldaansprakelijkheid teweegbrengt in beginsel dezelfde als bij een verhaalsbeslag. Of het verdelingsbeslag tot schuldaansprakelijkheid voor de beslaglegger leidt, moet worden beoordeeld aan de hand van de criteria

⁹⁸² Luijten & Meijer 2005, nr. 24-26 en Stille 2007, art. 81, aant. 1.

die gelden voor misbruik van recht.⁹⁸³ Een door een deelgenoot gelegd verde-
lingsbeslag perkt de bevoegdheden van de beslagene daadwerkelijk in als voor
het beslagen goed privaat of cumulatief bestuur geldt, terwijl de beslagene ge-
rechtigd is om dit bestuur uit te oefenen. Van het eerste geval is onder meer
sprake bij de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap als beslag wordt gelegd op
een goed dat onder het bestuur van de beslagene staat. Van het tweede geval is
onder meer sprake als deelgenotenbeslag wordt gelegd ten laste van een bestu-
rend vennoot in een niet-ontbonden personenvennootschap op een goed dat be-
hoort tot het vermogen van die vennootschap. Een door een privéschuldeiser van
een deelgenoot of door een beperkt gerechtigde op een aandeel in een goed ge-
legd deelgenotenbeslag kort de bevoegdheden van de deelgenoten in, ongeacht
het geldende bestuursregime. Immers, de deelgenoten behoeven geen medewer-
king van deze personen bij de overdracht van een gemeenschapsgoed. Dit is al-
leen anders als zij het goed geheel onbelast willen overdragen. In dat geval heb-
ben zij wel de medewerking nodig van de beperkt gerechtigde op het aandeel in
het goed.

4 Conclusie

918. In dit hoofdstuk is de vraag beantwoord wanneer een verde-
lingsbeslag onrechtmatig is. Gebleken is dat daarbij onderscheid moet worden ge-
maakt tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid voor een verde-
lingsbeslag. Van risicoaansprakelijkheid is sprake als het beslag niet is gelegd overeenkomstig alle eisen
die daarvoor gelden, of als de beslaglegger geen recht had om beslag te leggen.
Van het eerste geval is bijvoorbeeld sprake als de beslaglegger niet beschikt
over een beslagverlof. Het tweede geval doet zich voor in de context van een
verhaalsbeslag bij afwijzing van de vordering waarvoor beslag wordt gelegd. Bij
het verde-
lingsbeslag moet genuanceerd worden omgegaan met dit laatste gevals-
type. Bij een deelgenotenbeslag is géén sprake van een ten onrechte gelegd be-
slag indien het beslagen goed niet wordt toebedeeld aan de beslaglegger of de
deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt. Het uitblijven van toedeling wil niet
zeggen dat het goed niet in het bijzonder in aanmerking kwam om aan de be-
slaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel hij optrad te worden toebedeeld.
Bij een maritaal beslag is geen sprake van een ten onrechte gelegd beslag indien
beslag is gelegd op een betwist goed, terwijl de beslaglegger op verdedigbare
gronden kon stellen dat de status van het goed betwist was. Wel moet een dergel-
ijk beslag direct nadat de status van het goed duidelijk is geworden, worden op-
geheven.

Van schuldaansprakelijkheid van een verde-
lingsbeslag is in beginsel onder de-
zelfde omstandigheden sprake als bij een verhaalsbeslag, namelijk als het beslag

⁹⁸³ Zie nader nr. 905.

misbruik van bevoegdheid vormt. Wel geldt dat daarvan minder snel sprake is als het beslag de rechten van de beslagene niet of nauwelijks beperkt, omdat de bevoegdheden van de beslagene ten opzichte van het goed dikwijls beperkter zijn dan de bevoegdheden van de enig-rechthebbende van een goed. Dit is bijvoorbeeld het geval als een deelgenotenbeslag wordt gelegd op een goed waarvoor collectief bestuur geldt of in geval van maritaal beslag na ontbinding van de gemeenschap.

XI. EINDE VAN HET BESLAG

1 Inleiding

919. In dit hoofdstuk bespreek ik het einde van een verdelingsbeslag. Een beslag kan op drie gronden eindigen, te weten door tussentijdse opheffing (2), door samenloop met de executie ter verwezenlijking van een andere aanspraak (3, 4 en 5) en door de reguliere afwikkeling van het beslag (6).

2 Tussentijdse opheffing

920. Gelijk ieder ander beslag kan een deelgenotenbeslag tussentijds worden opgeheven. In deze paragraaf bespreek ik achtereenvolgens de vragen welke rechter in een opheffingsgeschil bevoegd is (2.1), of voor opheffing een spoedeisend beslag is vereist (2.2), op welke gronden een beslag kan of moet worden opgeheven (2.3), op welke wijze het tot opheffing kan komen (2.4) en wat de gevolgen zijn van een vernietiging van een opheffingsvonnis door een rechtsmiddel (2.5).

2.1 Welke rechter?

921. De opheffing van een verdelingsbeslag wordt in beginsel geregeld door art. 705 Rv. Dit artikel regelt het zogenoemde ‘conservatiegeschil’. Het artikel neemt als uitgangspunt dat het geschil in kort geding wordt voorgelegd aan de voorzieningenrechter die het beslagverlof heeft verleend. Uit de bewoordingen van art. 705 Rv blijkt dat ook de gang naar de overeenkomstig art. 99 e.v. Rv bevoegde rechter, de bodemrechter, openstaat.

922. Het is lange tijd de vraag geweest of de verlovverlenende voorzieningenrechter exclusief bevoegd is om in kort geding het conservatiegeschil te beslechten. Kwestieus was of een conservatiegeschil ook kon worden beslecht in een regulier kort geding op basis van art. 254 Rv. In de memorie van toelichting zal men tevergeefs zoeken naar een antwoord op deze vraag. Volstaan wordt met de opmerking dat art. 705 Rv:

‘waarborgt dat, als eenmaal verlov tot beslag is gegeven, er ook steeds een Nederlandse rechter bevoegd is ter zake van de opheffing.’⁹⁸⁴

Dit in aanmerking genomen is er alle reden om aan te nemen dat art. 705 Rv een exclusieve bevoegdheidsverdeling betreft. Het artikel garandeert slecht dát ten minste één Nederlandse voorzieningenrechter bevoegd is om het beslag op te heffen, te weten de voorzieningenrechter die het beslagverlof heeft verleend. Daarmee wordt niet getornd aan de bevoegdheid van andere voorzieningenrechters.

⁹⁸⁴ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 313.

Deze uitleg is echter in tegenspraak met de toelichting op art. 705 Rv die de minister gaf in de Eerste Kamer. De minister merkt op:

‘Hier wordt vastgeknoopt aan het door de voorzieningenrechter eerder gegeven verlot tot het leggen van het conservatoire beslag. Dat ligt voor de hand omdat het hier geregelde kort geding in wezen tegen dit verlot opkomt en het onwenselijk is dat in geval de ene voorzieningenrechter verlot tot het leggen van beslag heeft gegeven, daartegen bij een andere president kan worden opgekomen door het vorderen van opheffing, uiteraard afgezien van de bevoegdheid tot opheffing van de gewone rechter in de bodemprocedure.’⁹⁸⁵

Wordt deze uitleg gevolgd, dan behelst art. 705 Rv wél een exclusieve bevoegdheidsverdeling.

923. De Hoge Raad heeft zich in het arrest DKHB/KIVO⁹⁸⁶ uitgesproken over de vraag hoe art. 705 Rv moet worden verstaan. In de casus die aan dit arrest ten grondslag lag, was het beslagverlot verleend door de President van de Rechtbank Amsterdam. Vervolgens is KIVO een incassokortgeding begonnen voor de President van de Rechtbank Haarlem. In reconventie vordert DKHB opheffing van het beslag. Deze vordering wordt toegewezen. In cassatie betoogt KIVO dat de bevoegdheidsverdeling van art. 705 lid 1 Rv aan deze opheffing in de weg staat. De Hoge Raad oordeelt:

‘De bepaling van art. 705 lid 1 Rv waarborgt dat, als eenmaal verlot tot beslag is gegeven, er ook steeds een Nederlandse rechter bevoegd is over een vordering tot opheffing van het beslag te oordelen. De in die bepaling aan de president die verlot tot het beslag heeft gegeven, toegekende bevoegdheid het beslag in kort geding op te heffen, is geen uitsluitende bevoegdheid in kort geding, maar een aanvullende bevoegdheid naast die welke uit art. 289 Rv⁹⁸⁷ voortvloeit.’

De casus die aan het arrest ten grondslag ligt toont wel aan hoe onpraktisch de bevoegdheidsverdeling zoals deze de minister voor ogen stond, kan uitpakken. In de opvatting van de minister zou DKHB gedwongen zijn om een afzonderlijke opheffingsprocedure ten overstaan van de Amsterdamse President te starten.

924. Het argument van de minister, dat het onwenselijk is dat opheffing van het beslag kan worden gevorderd bij een andere voorzieningenrechter dan de voorzieningenrechter die voor beslaglegging verlot heeft verleent, overtuigt ook niet. Het beslagverlot wordt in de regel verleend in een procedure zonder tegenspraak en na summier onderzoek. Het is dus niet zo dat sprake is van een afgewogen oordeel van de verlotrechter dat niet lichtvaardig door een andere voorzieningenrechter zou mogen worden herzien. Dit is, zo lijkt mij, evenwel anders als in de verlotprocedure beide partijen zijn gehoord. In die situatie weegt het argument van de minister mijns inziens zwaarder. Dit wil niet zeggen dat, gelijk

⁹⁸⁵ MvA I Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 100.

⁹⁸⁶ HR 23 februari 1996, NJ 1996, 434 (DKHB/KIVO).

⁹⁸⁷ Thans art. 254 Rv, MLT.

de Maastrichtse Voorzieningenrechter oordeelde, art. 705 lid 1 Rv in dit geval wél een exclusieve bevoegdheidsverdeling behelst en een opheffingsvordering slechts aan de verlofrechter mag worden voorgelegd.⁹⁸⁸ Het probleem is in dat geval niet zo zeer het instellen van de opheffingsvordering bij een andere rechter, als wel het feit dat op deze vordering in feite reeds is beslist. Zijn immers in de verlofprocedure beide partijen gehoord, dan zal de vraag of beslag mag worden gelegd reeds aan de orde zijn geweest. In een opheffingskortgeding dat volgt op een op tegenspraak gevoerde verlofprocedure kan de beslaglegger zich echter niet beroepen op het gezag van gewijsde nu het summiere karakter van de verlofprocedure hieraan in de weg staat.⁹⁸⁹ Mijns inziens kan en moet dit probleem worden opgelost door toepassing van de regel dat het voor een tweede keer voorleggen van dezelfde zaak misbruik van procesrecht kan opleveren.⁹⁹⁰

2.2 *Spoedeisend belang*

925. In de praktijk wordt in een opheffingskortgeding door de voorzieningenrechter nogal eens de eis gesteld dat de beslagene een spoedeisend belang heeft bij de opheffing van het beslag.⁹⁹¹ Deze eis komt kennelijk voort uit de gedachte dat nu voor een regulier kort geding op voet van art. 254 Rv een spoedeisend belang moet bestaan, dit belang ook moet bestaan voor de opheffing van een beslag. Deze gedachte is mijns inziens onjuist. De term ‘kort geding’ in art. 705 lid 1 Rv duidt, zo lijkt mij, enkel op de te volgen procesgang van het kort geding en niet op de eis van spoedeisend belang die in art. 254 Rv wordt gesteld. Met art. 705 Rv heeft de wetgever juist willen veilig stellen dat er ‘steeds’ een bevoegde

⁹⁸⁸ V.zr. Rb. Maastricht 29 juli 2005, *NJF* 2005, 348, *JBPr* 2006, 27, m.nt. A.W. Jongbloed.

⁹⁸⁹ Vgl. HR 1 oktober 1999, *NJ* 1999, 738 (*Lavos/Alifriqui*) en HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 505, m.nt. P.A. Stein (*Bruinsma/Morriën*).

⁹⁹⁰ HR 8 oktober 1993, *NJ* 1994, 508, m.nt. H.J. Snijders (*Dogan/Staat*) en HR 16 december 1994, *NJ* 1995, 213 (*Kloes/Fransman*).

⁹⁹¹ Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat de voorzieningenrechter het vereiste van een spoedeisend belang vaak niet indringend toetst. De voorzieningenrechter overweegt in die gevallen dat een spoedeisend belang voortvloeit uit de aard van de voorziening, of woorden van gelijke strekking; zie bijv. V.zr. Rb. Leeuwarden 17 januari 2007, *LJN* AZ6448. In andere gevallen toetst de voorzieningenrechter echter indringender. Zo oordeelde V.zr. Rb. Arnhem 3 mei 2007, *LJN* BA6830 dat een spoedeisend belang voor opheffing aanwezig was nu de financiële positie van de beslagene ernstig verslechterd was, oordeelde V.zr. Rb. Almelo 1 maart 2006, *LJN* AV3149 dat een spoedeisend belang aanwezig was nu de beslagene in weerwil van het beslag beslagen zaken had verkocht (!) en oordeelde Hof 's-Gravenhage 14 september 2006, *NJF* 2006, 534, dat een spoedeisend belang aanwezig was nu in het beslagrekest de stelling ontbrak dat vrees voor verduistering bestaat. Voordat het hof tot deze laatste uitspraak kwam, overwoog het hof dat spoedeisend belang wel degelijk een vereiste is voor het opheffen van een beslag. Dat het stellen van de eis van een spoedeisend belang er wel degelijk toe kan leiden dat de opheffingsvordering wordt afgewezen mag wel blijken uit V.zr. Rb. Dordrecht 17 februari 2006, *LJN* AV2006 en V.zr. Rb. Dordrecht 24 februari 2005, *LJN* AS8707.

rechter is om een vordering tot opheffing te behandelen.⁹⁹² Bovendien wordt in de verloffprocedure het beginsel van hoor en wederhoor geschonden. Deze schending is aanvaardbaar nu de beslagene op eenvoudige wijze opheffing van het beslag kan bewerkstelligen. Dit brengt met zich mee dat voor de opheffing van een beslag niet de eis van een spoedeisend belang kan worden gesteld.⁹⁹³ Ook staat het ontzeggen van het opheffingskortgeding aan de beslagene – bij ontbreken van een spoedeisend belang – op gespannen voet met art. 1 P1 EVRM, nu het EHRM bij de beoordeling van de legitimiteit van een schending of regulering van eigendom veel belang hecht aan het feit dat de gerechtigde voldoende formele rechtsbescherming heeft.⁹⁹⁴

2.3 Opheffingsgronden

926. Art. 705 lid 2 Rv noemt vier gronden waarop het beslag kan worden opgeheven, te weten het verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, het summierlijk blijken van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht, het summierlijk blijken van het onnodige van het beslag, of, zo het beslag is gelegd voor een geldvordering, indien voor deze vordering voldoende zekerheid wordt gesteld. Uit het gebruik van de woorden ‘onder meer’ in art. 705 lid 2 Rv blijkt dat geen limitatieve opsomming is beoogd. Een beslag kan ook op andere dan de hier genoemde gronden worden opgeheven.⁹⁹⁵

927. De tekst van art. 705 lid 2 Rv lijkt te suggereren dat, behoudens voor zover de voorzieningenrechter overeenkomstig art. 705 lid 3 jo. art. 438 lid 2 Rv het herstel van verzuimde vormen beveelt, de in art. 705 lid 2 Rv genoemde opheffingsgronden imperatief zijn. Deze indruk is onjuist. Uit de toelichting bij art. 705 lid 2 Rv en de rechtspraak blijkt dat wanneer één van de opheffingsgronden van art. 705 Rv zich voordoet de voorzieningenrechter het beslag desondanks kan handhaven op grond van een belangenafweging tussen partijen.⁹⁹⁶ Zo oordeelde de Hoge Raad dat de voorzieningenrechter een beslag ook mag handhaven als het is gelegd voor een vordering waarvan de ondeugdelijkheid tijdens het

⁹⁹² MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 309, zie ook de MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 313.

⁹⁹³ Ook in de rechtspraak is deze opvatting terug te vinden; zie Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 23 maart 2006, *NJF* 2006, 267, Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 1 december 2005, *LJN* AU7315 en Pres. Rb. Rotterdam 25 mei 2000, *KG* 2000, 161, anders Hof 's-Gravenhage 14 september 2006, *NJF* 2006, 534.

⁹⁹⁴ Haeck 2004, p. 365-366.

⁹⁹⁵ MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 313.

⁹⁹⁶ MvA I, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 314 en HR 25 november 2005, *NJ* 2006, 148, m.nt. G.R. Rutgers, *Ars Aequi* 2006, 112, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Rohde Nielsen/De Donge*).

opheffingskortgeding is gebleken.⁹⁹⁷ Dit geldt ook als de vordering van de beslaglegger in de hoofdzaak al wel is afgewezen maar de uitspraak in de hoofdzaak nog niet in kracht van gewijsde is gegaan.⁹⁹⁸

Belangenafweging en verdelingsbeslag

928. Dat een beslag moet worden opgeheven aan de hand van een afweging van de belangen van de bij het beslag betrokken partijen, zal ook voor een verdelingsbeslag gelden. Bij een verdelingsbeslag bestaan wel enkele gezichtspunten die ervoor pleiten dat een dergelijk beslag minder snel voor opheffing in aanmerking komt dan een verhaalsbeslag. Allereerst moet worden bedacht dat bij een door een deelgenoot gelegd verdelingsbeslag de beslaglegger beslag legt op een goed dat deels aan zichzelf toekomt. Het recht dat de beslaglegger probeert veilig te stellen is van meer gewicht dan de enkele mogelijkheid van verhaal. Dit blijkt ook uit het feit dat art. 705 lid 2 Rv bepaalt dat zekerheidstelling geen grond vormt voor opheffing van het beslag als het niet om een verhaalsbeslag gaat. Daarnaast moet worden bedacht dat verdelingsbeslag wordt gelegd op het moment dat de verdeling van de gemeenschap in zicht is. Dit brengt met zich mee dat de deelgenoten de belangen van de overige deelgenoten bij het behoud van goederen zwaarder moeten laten meewegen dan bij een ‘actieve’ gemeenschap. Voorts geldt dat verdelingsbeslag in veel gevallen de rechten van de overige deelgenoten slechts beperkt doorkruist. Wanneer de verdeling in zicht is, geldt in de regel de bestuursverdeling van de eenvoudige of liquidatiegemeenschap. Deze bestuursverdelingen gaan uit van hoofdzakelijk collectief bestuur, zodat de inperking van de rechten van de deelgenoten slechts beperkt van aard is. Dit laatste is anders als verdelingsbeslag (anticiperend) wordt gelegd in een nog ‘actieve’ gemeenschap. Wordt bijvoorbeeld verdelingsbeslag gelegd op de handelsvoorraad van een personenvennootschap, dan moge duidelijk zijn dat hiermee de rechten van de deelgenoten wél in ernstige mate worden doorkruist, hetgeen aanleiding kan vormen om het beslag op te heffen.

2.4 *Welke beslissingen?*

929. De opheffing van het beslag kan zowel door een condemnatoir als door een constitutief vonnis worden bewerkstelligd. In het eerste geval wordt gevorderd dat de beslaglegger – al dan niet op straffe van een dwangsom – wordt veroordeeld het beslag op te heffen.⁹⁹⁹ In het tweede geval heft de voorzieningenrechter het beslag zelf op. Dat hij deze mogelijkheid heeft, ondanks het gegeven

⁹⁹⁷ HR 25 november 2005, *NJ* 2006, 148, m.nt. G.R. Rutgers, *Ars Aequi* 2006, 112, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Rohde Nielsen/De Donge*).

⁹⁹⁸ HR 30 juni 2006, *NJ* 2007, 483, m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*) en Vzr. Rb. Haarlem 19 januari 2007, *NJF* 2007, 112, waarover De Knijff 2007, p. 85.

⁹⁹⁹ HR 2 april 1976, *NJ* 1977, 361 (*Perbo/Ontvanger*).

dat gewoonlijk de rechter in kort geding geen constitutieve vonnissen mag wijzen, blijkt uit art. 705 lid 1 Rv en de rechtspraak van de Hoge Raad.¹⁰⁰⁰ Het voordeel van de weg waarbij het beslag door de voorzieningenrechter zelf wordt opgeheven is dat verdere dwangmaatregelen overbodig zijn.¹⁰⁰¹ De opheffing is een feit zodra het opheffingsvonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Verklaart de voorzieningenrechter het vonnis uitvoerbaar bij voorraad, dan vindt de opheffing met en door de uitspraak plaats.¹⁰⁰²

2.5 Vernietiging van het opheffingsvonnis in hoger beroep

930. Het feit dat de voorzieningenrechter de opheffing van een beslag kan bevelen en het beslag zelf kan doen opheffen, roept de vraag op wat de gevolgen zijn van de vernietiging van een dergelijk vonnis in hoger beroep. Meer in het bijzonder gaat het daarbij om de vraag wat rechtens is als de beslagene over het goed heeft beschikt in de periode tussen de opheffing van het beslag en de vernietiging van het opheffingsvonnis. Over deze vraag oordeelt de Hoge Raad daarbij voor het constitutieve opheffingsvonnis¹⁰⁰³ op gelijke wijze als voor het condemnatoire opheffingsvonnis.¹⁰⁰⁴ De Hoge Raad maakt onderscheid tussen het geval waarin een opheffingsvonnis wél en niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Is het opheffingsvonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard dan heeft het nooit werking verkregen. Het beslag is in die situatie steeds blijven liggen. Is het opheffingsvonnis wél uitvoerbaar verklaard, dan is het beslag door het opheffingsvonnis opgeheven. Wordt het opheffingsvonnis vernietigd, dan herleeft het beslag. Dit gebeurt niet met terugwerkende kracht. Tussen de opheffing van het beslag en de vernietiging van het opheffingsvonnis blijft het goed vrij van beslag. Wijzigingen in de rechtstoestand die zich tussentijds hebben voorgedaan, worden gerespecteerd.¹⁰⁰⁵ Daarbij is niet van belang of de persoon die het goed heeft verkregen al dan niet te goeder trouw is.¹⁰⁰⁶ Is een goed ná de beslaglegging maar vóór de opheffing vervreemdt, dan leidt het uitvoerbaar verklaarde opheffingsvonnis ertoe dat het goed onbelast in het vermogen van de

¹⁰⁰⁰ HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 4 (*De Telegraaf/Ranzijn*).

¹⁰⁰¹ Om deze reden heffen voorzieningenrechtters nog weleens het beslag zelf op, zelfs als een veroordeling tot opheffing op straffe van dwangsom is gevorderd; zie V.zr. Rb. Utrecht 25 februari 2003, *JOR* 2004, 21, m.nt. R.I.V.F. Bertrams, V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 10 september 2002, *KG* 2003, 25, Pres. Rb. Arnhem 24 augustus 2001, *LJN* AC2460 en Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 13 maart 2001, *LJN* AB0664.

¹⁰⁰² HR 20 januari 1995, *NJ* 1995, 413, m.nt. H.E. Ras (*Smokehouse/Culimer*).

¹⁰⁰³ HR 23 februari 1996, *NJ* 1996, 434 (*DKHB/KIVO*).

¹⁰⁰⁴ HR 26 mei 2000, *NJ* 2001, 388, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2001, 107, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Aruba/Boeije*).

¹⁰⁰⁵ HR 23 februari 1996, *NJ* 1996, 434 (*DKHB/KIVO*), HR 26 mei 2000, *NJ* 2001, 388, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2001, 107, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Aruba/Boeije*).

¹⁰⁰⁶ HR 26 mei 2000, *NJ* 2001, 388, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2001, 107, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Aruba/Boeije*).

verkrijger komt. Wordt het opheffingsvonnis vernietigd, dan wordt ook deze wijziging in de rechtstoestand geëerbiedigd.¹⁰⁰⁷

931. De Hoge Raad geeft nog enkele nadere aanwijzingen over de invulling van de vernietiging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard opheffingsvonnis. Als dit vonnis heeft geleid tot het doorhalen in de openbare registers van een beslag op een registergoed, dan moet, analoog aan art. 33 lid 2 Fw, binnen veertien dagen na de herleving van het beslag een exploot zijn ingeschreven, waarbij van de herleving mededeling aan de schuldenaar is gedaan.¹⁰⁰⁸ Mijns inziens moet iets dergelijks ook gelden in geval van derdenbeslag, aldus dat het beslag pas weer jegens de derde werkt als aan hem een mededeling houdende de herleving van het beslag is gedaan. Verder moet de rechter die het vonnis vernietigt waarbij een conservatoir beslag is opgeheven, een nieuwe termijn stellen waarbinnen de eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld.¹⁰⁰⁹

3 Samenloop tussen twee verdelingsbeslagen

932. Het is goed mogelijk dat op één goed meerdere verdelingsbeslagen worden gelegd. Deze vorm van samenloop geeft geen aanleiding tot bijzondere problemen gezien het in art. 733 lid 2 en 770b lid 1 Rv bepaalde. Deze voorschriften bepalen dat een deelgenotenbeslag respectievelijk een maritaal beslag vervalt als het goed aan een andere deelgenoot dan de beslaglegger wordt toebedeeld. Dit betekent dat indien op één goed meerdere verdelingsbeslagen worden gelegd, het afwickelen van de verdelingsprocedure een oplossing schept. Zodra de deelgenoten een geldige verdeling overeenkomen, of de rechter de verdeling vaststelt, vervallen alle verdelingsbeslagen die levering aan de deelgenoot aan wie het goed is toebedeeld in de weg zouden kunnen staan.

4 Samenloop van een verdelingsbeslag met een ander beslag

933. Een verdelingsbeslag kan ook samenlopen met een beslag van andere aard op dat goed of op het aandeel van een deelgenoot in dat goed. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat op een goed waarop verdelingsbeslag is gelegd, tevens een verhaalsbeslag wordt gelegd, of dat op het aandeel in dat goed een verhaalsbeslag wordt gelegd.

934. Meer dan één beslag op een goed vormt op zichzelf geen probleem. Het feit dat op een goed meer beslagen zijn gelegd, is echter een symptoom van een ander, materieelrechtelijk, probleem: de botsing van verschillende aanspraken op één goed. De situatie dat op één goed meerdere aanspraken bestaan, kan zich overigens ook buiten de situatie van beslagcumulatie voordoen. Zo is het bij-

¹⁰⁰⁷ HR 5 september 2008, *RvdW* 2008, 801 (*Chipshol*).

¹⁰⁰⁸ HR 23 februari 1996, *NJ* 1996, 434 (*DKHB/KIVO*).

¹⁰⁰⁹ HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 103 (*Wessex/Itera-Energy*).

voorbeeld mogelijk dat op een goed waarop verhaalsbeslag is gelegd ook een pandrecht rust. In dat geval kan de pandhouder zonder beslag te leggen de executie overnemen (art. 461a Rv). Iets dergelijks geldt ook voor degene die meent dat hij gerechtigd is tot een goed waarop beslag is gelegd. Deze persoon kan zich zonder het leggen van beslag tegen de executie verzetten (vgl. art. 456 Rv).

935. In deze paragraaf zal ik de situatie van botsende aanspraken op een gemeenschapsgoed bespreken. Daarbij ga ik allereerst in op de vraag hoe procesueel moet worden gehandeld in geval van botsende aanspraken op een gemeenschapsgoed (4.1). Vervolgens behandel ik de vraag hoe moet worden bepaald welke aanspraak het zwaarst weegt. Wordt dit bepaald door het beslagrecht of door het materiële recht (4.2)? Daarna komt de rangorde van de rechten die kunnen botsen met een recht dat door een verdelingsbeslag wordt verwezenlijkt aan de orde (4.3). Tot slot wijd ik enkele woorden aan de samenloop tussen een verdelingsbeslag en een verhaalsbeslag op hetzelfde goed (4.4).

4.1 *Processuele invulling*

936. De meest voorkomende botsing tussen beslagen is het geval dat twee of meer schuldeisers op één goed beslag leggen. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorziet voor dergelijke situaties in een samenloopregeling. Als hoofdregel geldt dat de eerste beslaglegger de executie voortzet (art. 458, 478 en 513 Rv), waarna de executieopbrengst wordt verdeeld overeenkomstig ieders rang (art. 551 e.v. Rv). Deze regeling is alleen toepasbaar indien twee of meer verhaalsbeslagen op hetzelfde goed worden gelegd. Voor de samenloop tussen een beslag tot afgifte of levering en een ander beslag kent de wet in art. 736 Rv een bijzondere samenloopregeling. Aangezien het deelgenotenbeslag een species is van het beslag tot afgifte of levering is deze samenloopregeling ook van toepassing op samenloop tussen een deelgenotenbeslag en een ander beslag. Art. 736 lid 1 Rv bepaalt dat de meest gereede partij zich tot de rechter kan wenden. Het artikellid verwijst daarbij naar de regeling van het executie- en het conservatiegeschil (respectievelijk art. 438 en 705 Rv). Deze geschillen worden in de regel in kort geding beslecht, maar een gang naar de bodemrechter is niet uitgesloten. Zowel de kortgedingrechter als de bodemrechter kan die maatregelen treffen die nodig zijn om de beslaglegger met het sterkste recht in staat te stellen zijn beslag te vervolgen.

937. Een met art. 736 lid 1 Rv vergelijkbare bepaling ontbreekt bij het maritale beslag. Dit neemt echter niet weg dat ook in geval van samenloop tussen een maritaal beslag en een ander beslag de weg van het conservatie- of executiegeschil openstaat. Art. 736 lid 1 Rv is in feite niets meer dan een wegwijsbepaling, de weg naar het executie- of conservatiegeschil staat open bij alle problemen die zich in het kader van beslag voordoen. Dit betekent dat zowel bij

samenloop tussen een deelgenotenbeslag met een ander beslag als bij samenloop tussen een maritaal beslag en een ander beslag hetzelfde geldt: de meest gerede partij kan een conservatie- of executiegeschil entameren.

4.2 *Primaat van het materiële recht*

938. Is eenmaal een conservatie- of executiegeschil geëntameerd, dan zal de rechter moeten beslissen welk recht voorgaat. De vraag is welke maatstaf de rechter hierbij moet toepassen, komt aan de orde in de memorie van toelichting bij art. 497 en 736 Rv. De memorie vermeldt hier dat:

‘voor de vraag welke executant in een zodanig geval voorgaat, beslissend [is] wie materieel het sterkste recht heeft. Deze vraag dient in beginsel niet beantwoord te worden aan de hand van de bepalingen van het onderhavige wetboek,¹⁰¹⁰ maar aan de hand van die van het B.W.’¹⁰¹¹

Hiermee geeft de memorie van toelichting een regel weer die geldt bij elke botsing tussen beslagen. Deze regel wordt, in elk geval voor het verhaalsrecht, weergegeven door het adagium ‘beslag schept geen voorrang’. Deze regel houdt in dat het beslag niet leidt tot een versterking van de positie van de beslaglegger. Het beslag heeft – op grond van de blokkerende werking van het beslag – wél tot gevolg dat de positie die de beslaglegger inneemt na het leggen van het beslag niet kan worden verslechterd door het optreden van de beslagene of door dat van derden.

4.3 *Sterkste recht*

939. Nu vaststaat dat het materiële recht en niet het beslagrecht de rangorde tussen de verschillende aanspraken op een gemeenschapsgoed bepaalt, kan de vraag worden beantwoord wat deze rangorde is. De verdeling geeft aanleiding tot twee rechten die in meerdere of mindere mate door de verdelingsbeslagen kunnen worden veiliggesteld. Dit zijn de vordering tot levering van een goed dat bij de verdeling aan een deelgenoot is toegedeeld en de overbedelingsvordering. Deze twee rechten ‘concurreren’ met een vijftal andere rechten, te weten:

- a. goederenrechtelijke rechten op een gemeenschapsgoed;
- b. verhaalsrechten op een gemeenschapsgoed;
- c. persoonlijke rechten op afgifte of levering van een gemeenschapsgoed, die niet zijn gebaseerd op de verdeling;
- d. goederenrechtelijke rechten op een aandeel in een gemeenschapsgoed;
- e. verhaalsrecht op het aandeel in een gemeenschapsgoed;

¹⁰¹⁰ Bedoeld wordt het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, MLT.

¹⁰¹¹ MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 211, 217, 337.

- f. persoonlijke rechten tot afgifte¹⁰¹² of levering van een aandeel in een gemeenschappelijk goed.

Beschouwt men de rechten die aan deze aanspraken ten grondslag liggen, dan gaat het hier in feite om twee reeksen van rechten. De rechten onder a, b en c zijn alle rechten ‘op het goed’. De rechten onder e, f en g zijn rechten op een *aandeel* in een goed.

Hieronder behandel ik de rangorde van deze verschillende rechten. Gezien het onderwerp van dit proefschrift richt ik mij daarbij uitsluitend op de rang die wordt ingenomen door overbedelingsvordering en de vordering tot levering van een gemeenschapsgoed die bestaat op grond van de verdeling, ten opzichte van de hierboven genoemde rechten. Daarbij ga ik eerst in op de rang van de vordering tot levering die bestaat krachtens de verdeling. Ik behandel de verhouding van deze vordering ten opzichte van andere rechten op een gemeenschapsgoed (4.3.1) en de verhouding ten opzichte van rechten op een aandeel in een goed (4.3.2). Vervolgens ga ik in op de ‘rang’ van de overbedelingsvordering (4.3.3).

4.3.1 Recht op levering krachtens de verdeling versus andere rechten op een gemeenschapsgoed

940. Systematisch bezien, is het recht op levering krachtens de verdeling een persoonlijk recht op levering van een gemeenschapsgoed. Hiermee is de verhouding tussen de rechten op een gemeenschapsgoed enerzijds en het recht op levering krachtens de verdeling anderzijds goeddeels bepaald. Een persoonlijk recht op levering komt immers ‘in rang’ na een goederenrechtelijk recht of een verhaalsrecht op dat goed. Heeft een derde, alvorens aan de verdeling uitvoering is gegeven, een goederenrechtelijk recht op een goed verkregen, dan kan levering aan de deelgenoot aan wie het goed is toebedeeld alleen geschieden met inachtneming van het goederenrechtelijke recht. Heeft de derde bijvoorbeeld een recht van vruchtgebruik verkregen, dan is alleen levering van het onbezwaarde goed mogelijk. Wordt een gemeenschappelijk goed door een gemeenschapschuldeiser uitgewonnen alvorens het aan de deelgenoot aan wie het is toebedeeld is geleverd, dan kan de levering niet meer plaatsvinden.

941. De vraag is echter hoe het recht op levering krachtens de verdeling zich verhoudt tot andere persoonlijke rechten op afgifte of levering die niet op de verdeling zijn gebaseerd. De rangorde tussen verschillende rechten op levering wordt in beginsel bepaald door art. 3:298 BW. Hoofdregel is dat het oudste recht op levering voorgaat op een jonger recht op levering. Het artikel laat ruimte

¹⁰¹² Afgifte van een aandeel moet niet te letterlijk worden genomen. Het gaat erom dat een deelgenoot een derde in staat stelt om dezelfde feitelijke macht over het gemeenschappelijke goed uit te oefenen als de deelgenoot kan uitoefenen.

open voor een uitzondering op deze hoofdregel op grond van de wet, de aard van de rechten, of de eisen van redelijkheid en billijkheid.

942. Ik ben van mening dat de verhouding tussen een recht op levering krachtens de verdeling en een ander recht op levering niet wordt beheerst door de hoofdregel van art. 3:298 BW, maar door één van de uitzonderingen van dat artikel. Neem het voorbeeld waarin tussen A, B en C een eenvoudige gemeenschap bestaat. Tot deze gemeenschap behoort een schilderij dat A, B en C van X hebben gekocht. Op een gegeven moment besluiten A, B en C de gemeenschap te verdelen. Het schilderij wordt daarbij aan A toegedeeld. Voordat de levering kan plaatsvinden ontstaat, ontbindt X de koop. In dat geval hebben zowel A als X een geldig recht op levering. Op voet van de hoofdregel van art. 3:298 BW zou het recht van A voorgaan op dat van X, aangezien het recht van A ouder is dan dat van X. Dat deze verhouding niet voor de hand ligt, kan worden aange-toond door de positie van X ten opzichte van A, B en C te bezien.

943. In zijn verhouding tot A, B en C is X een privéschuldeiser van de deelgenoten. Zoals ik hieronder¹⁰¹³ nog zal uiteenzetten gaat het recht van de privé-schuldeisers van de deelgenoten vóór op het recht van een deelgenoot om mee te delen in een goed. Het zou merkwaardig zijn als door de verdeling, dat wil zeggen door het enkele onderling handelen van de deelgenoten, de deelgenoten één van hen ten opzichte van derden in een betere positie zouden kunnen brengen dan waarin zij vóór de verdeling verkeren. Het beginsel dat de verdeling de rechten van derden niet aantast, is ook in de wet terug te vinden. Art. 3:186 lid 2 BW bepaalt dat hetgeen een deelgenoot als gevolg van de verdeling verkrijgt door hem wordt gehouden onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden. Deze bepaling kan met het volgende voorbeeld worden toegelicht. Stel dat B het schilderij op eigen naam van X heeft gekocht, maar mede heeft gehandeld ten behoeve van A en C. Dit betekent dat A, B en C als gevolg van de koop en de daarop volgende levering door X aan B direct eigenaar zijn geworden van het schilderij (art. 3:110 BW). Heeft B bij de koop misbruik van omstandigheden gemaakt, dan is de koop vernietigbaar (art. 3:44 lid 4 BW). Na de vernietiging van de koopovereenkomst kan X het goed bij A, B en C revindiceren. Eventuele goede trouw van A en C doet daarbij niet ter zake nu voor degene die op grond van een titelgebrek geen rechthebbende van een goed is geworden, behoudens bijzondere omstandigheden, geen bescherming bestaat. Is vóór de vernietiging van de koopovereenkomst het schilderij aan A toebedeeld en geleverd, dan kan X het schilderij na de vernietiging bij A revindiceren. Daarbij wordt A evenmin als vóór de verdeling in zijn eventuele goede trouw beschermd, ook niet op grond van art. 3:86 BW. Op grond van art.

¹⁰¹³ Zie nr. 952.

3:186 lid 2 BW houdt A immers het goed nog steeds op grond van de vernietigde koopovereenkomst met X.

944. Uit het feit dat de wet het niet toelaat dat de deelgenoten als gevolg van de verdeling én de levering één van hen ten opzichte van derden in een sterkere positie brengen, kan mijns inziens ook worden afgeleid dat de enkele verdeling de deelgenoten niet in een sterkere positie brengt. Dit betekent dat een botsing tussen het recht op levering krachtens de verdeling en een ander recht op levering niet wordt beheerst door de hoofdregel van art. 3:298 BW, maar dat het recht of levering dat niet is gebaseerd op de verdeling voorgaat op het recht op levering dat op de verdeling is gebaseerd. Deze ‘achterstelling’ kan worden gegrond op de ‘aard van het recht’ als bedoeld in art. 3:298 BW.

945. Overigens bestaat nog een andere reden om in de bovenstaande situatie tot de conclusie te komen dat het recht van X voorgaat op dat van A. In de regel zal X ook na de levering aan A zijn recht op levering tegen A persoonlijk geldend kunnen maken. Hij kan dan van A vorderen dat deze het goed aan hem levert. De vordering tot levering tegen A, B en C betreft een ondeelbare prestatie waarvoor de deelgenoten op de voet van art. 6:6 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn.

4.3.2 *Recht op levering krachtens de verdeling versus rechten op een aandeel in een goed*

946. De rechten op een aandeel in een goed die kunnen botsen met het recht op levering op grond van de verdeling, zijn de goederenrechtelijke rechten op dat aandeel, verhaalsrechten op dat aandeel en persoonlijke rechten tot afgifte en levering van dat aandeel.

Goederenrechtelijke rechten op een aandeel

947. De verhouding tussen het recht op levering op basis van de verdeling en de goederenrechtelijke rechten op een aandeel in een goed is in hoofdstuk II aan de orde gekomen.¹⁰¹⁴ Daar heb ik betoogd dat voor de levering die op grond van art. 3:186 BW noodzakelijk is, beschikkingsbevoegdheid is vereist. Dit betekent dat een levering van een goed krachtens de verdeling waarbij niet alle goederenrechtelijk gerechtigden tot de aandelen in een goed zijn betrokken, geen effect sorteert. De goederenrechtelijke rechten op een aandeel in een goed staan dus hoger in rang dan het recht op levering krachtens de verdeling.¹⁰¹⁵ Hierbij moet wel worden opgemerkt, dat art. 3:177 lid 1 BW een regeling bevat voor het geval de beperkt gerechtigde op het aandeel in het goed wél meewerkt aan de ver-

¹⁰¹⁴ Zie nr. 279-288.

¹⁰¹⁵ Voor de goede orde zij erop gewezen dat dit ook geldt voor een recht op levering van een gemeenschapsgoed dat niet voortvloeit uit de verdeling.

deling. In dat geval vervalt het beperkte recht voor zover het goed niet wordt toebedeeld aan de deelgenoot wiens aandeel met het beperkte recht is belast. Wordt het goed wél aan die deelgenoot toebedeeld, dan komt het beperkte recht te rusten op het goed.

Verhaalsrechten op het een aandeel

948. Bij het beschrijven van de verhouding tussen een verhaalsrecht op een aandeel in een gemeenschapsgoed en het recht op levering op grond van de verdeling, is het nuttig om eerst in te gaan op verhouding van een verhaalsrecht op een aandeel en een recht op levering van een goed dat niet is gebaseerd op de verdeling.

Recht op levering op grond van een andere oorzaak dan de verdeling

949. Indien het recht op levering niet is gebaseerd op de verdeling kan onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin de vordering tot levering wél en het geval waarin de vordering tot levering níet moet worden gekwalificeerd als een gemeenschapsschuld. In het eerste geval kan worden gedacht aan de situatie waarin een goed dat behoort tot een gemeenschap van een personenvennootschap alvorens de ontbinding van de vennootschap is verkocht, maar nog niet is geleverd. In een dergelijk geval moet worden aangenomen dat het recht op levering voorgaat op het verhaalsrecht. De gemeenschapsschuldeiser heeft immers voorrang op de privéschuldeiser van een deelgenoot.¹⁰¹⁶

950. Is de vordering tot levering niet te kwalificeren als een gemeenschapsschuld, dan moet onderscheid worden gemaakt tussen situatie waarin het recht op levering bevoegdelijk is ontstaan in de zin van art. 3:172 BW en situatie waarin dit niet zo is. In het eerste geval levert de vordering namelijk een schuld op die voor rekening van de gemeenschap komt in de zin van art. 3:178 lid 2 en 3:184 BW. Dat in dat geval de vordering tot levering voorgaat op het verhaalsrecht, kan met het volgende voorbeeld worden aangetoond. A, B en C zijn gezamenlijk eigenaar van enkele schilderijen. A, B en C spreken gezamenlijk af dat A één van deze schilderijen in eigen naam zal verkopen aan X. Voordat het schilderij aan X kan worden geleverd, legt een privéschuldeiser van B, ene S, beslag op het aandeel van B in het schilderij. Het beslag en een latere executieverkoop verhinderen dat de levering van het schilderij (onaantastbaar) kan plaatsvinden. A zal daarmee schadeplichtig worden jegens X. De schadevergoedingsvordering van X correspondeert met een schuld die voor rekening van de gemeenschap komt. Met andere woorden: ook al is A aansprakelijk, B en C zijn mede draagplichtig. Deze draagplicht komt door de executiekoop ook op een eventuele executiekoper van het aandeel van B te rusten (art. 3:176 lid 2 BW).

¹⁰¹⁶ Zie nr. 109-118.

Daarmee wordt het aandeel in de regel onverkoopbaar, het beslag dient dan geen functie meer, zodat moet worden aangenomen dat het goed niet voor beslag in aanmerking komt, althans dat het beslag moet worden opgeheven.¹⁰¹⁷

Dat de bovenstaande uitkomst juist is, kan ook worden afgeleid uit de situatie die zou ontstaan als S ervoor zou kiezen om verdeling van de gemeenschap te vorderen in plaats van zich op het aandeel te verhalen. In dat geval zouden A, B en C informele vereffening kunnen afdwingen (art. 3:178 lid 2 BW).¹⁰¹⁸ Daarmee zou de voor rekening van de gemeenschap komende schuld, de vordering tot levering van het schilderij, eerst moeten worden betaald voordat de gemeenschap wordt verdeeld. In dat geval blijkt duidelijk dat de vordering van X voorrang heeft op die van S. Ook indien informele vereffening achterwege blijft en het schilderij niet aan X wordt geleverd, leidt dit niet tot meer verhaalsmogelijkheden voor S. In dit geval zal A namelijk schadeplichtig worden. Deze schuld komt voor rekening van de gemeenschap en A kan vorderen dat deze schuld voor zover B draagplichtig is, wordt toegerekend op diens aandeel.

951. Is het recht op levering niet bevoegdelijk ontstaan, dan gaat de privé-schuldeiser die beslag heeft gelegd voor. Dit kan inzichtelijk worden gemaakt door de levering van het gemeenschapsgoed voor te stellen als een levering van alle aandelen in dat goed. De levering van het beslagen aandeel kan uiteraard niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. De beslaglegger wordt bij de executie ook niet gehinderd door schulden die voor rekening van de gemeenschap komen. Hij kan het aandeel dus verkopen.

Recht op levering van het goed op grond van de verdeling

952. Het recht op levering op grond van de verdeling vormt geen schuld die voor rekening van de gemeenschap komt. Op deze grond kan geen ‘voorrang’ voor dit recht worden geconstrueerd. Zijn de deelgenoten al een verdeling overeengekomen, dan is het om redenen van economische aard aantrekkelijker om van de executie van een aandeel in een goed af te zien en over te gaan tot de executie van hetgeen de deelgenoot wiens aandeel in het goed is beslagen, op grond van de verdeling zal ontvangen.¹⁰¹⁹ Daarbij speelt wel het probleem dat de privé-schuldeiser die verhaalsbeslag heeft gelegd op het aandeel van een deelgenoot in een gemeenschapsgoed geen bevel tot verdeling heeft. Dit betekent dat hij niet kan afdwingen dat de verdeling op zakelijke gronden plaatsvindt, aange-

¹⁰¹⁷ Vgl. nr. 545 en het arrest HR 29 oktober 2004, *NJ* 2006, 203, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2005, 846, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Van den Bergh/Van der Walle*) waarin de Hoge Raad oordeelt dat het feit dat het beslag op kredietruimte niet tot executie kan leiden, meebrengt dat kredietruimte niet vatbaar is voor beslag.

¹⁰¹⁸ Zie over de informele vereffening nr. 397-400.

¹⁰¹⁹ Dat in hierop derdenbeslag kan worden gelegd, blijkt uit *MvA II Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w.*, p. 85.

zien hij, zolang hij dit bevel ontbeert, niet bij de verdeling behoeft te worden betrokken.¹⁰²⁰

Recht op levering van het aandeel

953. Het recht op levering van een gemeenschapsgoed kan ook botsen met een recht op levering van een aandeel in een goed. Neem het volgende voorbeeld. Tussen A en B bestaat een gemeenschap. Tot deze gemeenschap behoort een auto. Verkoopt A zijn aandeel in de auto aan X, dan verkrijgt X een recht op levering van deze auto. Verdelen A en B de auto voordat A zijn aandeel aan X levert en wordt de auto aan B toebedeeld, dan verkrijgt B een recht op levering van de auto. De rechten van X en B kunnen niet tegelijkertijd worden geëffectueerd. Levering van het aandeel in de auto aan X maakt A beschikkingsonbevoegd om gezamenlijk met B de auto aan B te leveren. Levering van A en B aan B maakt A beschikkingsonbevoegd om een aandeel in de auto aan X te leveren.

954. Op de onderlinge rangorde tussen deze twee rechten op levering is art. 3:298 BW mijns inziens analoog van toepassing. Weliswaar gaat het niet om botsende rechten op levering op ‘één goed’ in de zin van dat artikel, maar het beginsel dat aan dat artikel ten grondslag ligt, moet ook in dit geval gelden. Dit beginsel houdt kort gezegd in dat de verhouding tussen botsende rechten op levering niet wordt bepaald door de volgorde van effectuering van deze rechten, maar de verhouding tussen de personen die een recht op levering hebben. Als hoofdregel geldt daarbij dat in deze onderlinge verhouding het oudste recht op levering voorgaat. Het lijkt mij dat in het bovenstaande geval de hoofdregel van art. 3:298 BW toepassing moet vinden, zodat in mijn voorbeeld het recht van X voorgaat.

4.3.3 De overbedelingsvordering versus rechten op een gemeenschapsgoed of een aandeel daarin

955. Wordt een deelgenoot bij de verdeling overbedeeld, dan komt de overige deelgenoten een overbedelingsvordering toe. Deze vordering geeft aanleiding tot een privéschuld van de overbedeelde deelgenoot aan de overige deelgenoten. Daarmee komt de overbedelingsvordering in rang na eventuele gemeenschapschulden. Aan de overbedelingsvordering is geen voorrang verbonden, zodat hij in rang gelijk staat met andere vorderingen die aanleiding geven tot een privéschuld van de overbedeelde deelgenoot. De deelgenoot die gerechtigd is tot een overbedelingsvordering heeft echter wel feitelijk voorrang. Hij kan zijn medewerking aan de levering van de aan de overbedeelde deelgenoot toegedeelde goederen opschorten totdat betaling van de overbedelingsvordering gegarandeerd is. Dit betekent dat de schuldeisers van de overbedeelde deelgenoot zich

¹⁰²⁰ Vgl. *a contrario* art. 3:180 lid 2 BW.

pas op de aan die deelgenoot toebedeelde goederen kunnen verhalen op het moment dat deze deelgenoot de overbedelingsvordering heeft voldaan. Deze vorm van feitelijk voorrang is ook gerechtvaardigd. Vóór effectuering van de verdeling dient alleen het aandeel van de overbedeelde deelgenoot in de gemeenschappelijke goederen als verhaalsobject voor zijn privéschuldeisers. Het gaat niet aan dat door de verdeling de verhaalsmogelijkheden van de privéschuldeisers zouden toenemen ten detrimente van de overige deelgenoten.

4.4 *Nadere uitwerking van de botsing van verhaals- en verdelingsbeslag*

956. Voor de botsing tussen een verhaalsbeslag en een verdelingsbeslag op een gemeenschapsgoed gelden enkele bijzonderheden. Zoals ik hierboven al aangaf komen de rechten van een deelgenoot op grond van de verdeling in rang na het recht van een gemeenschapsschuldeiser om zich op het gemeenschappelijke goed te verhalen.¹⁰²¹ Dit betekent in beginsel dat een verdelingsbeslag dat botst met een door een gemeenschapsschuldeiser gelegd verhaalsbeslag voor opheffing in aanmerking komt. Opheffing is echter in de regel niet noodzakelijk nu een verhaalsexecutie leidt tot het verval van andere op het goed rustende beslagen. Deze regel is uitsluitend in de wet verankerd voor zover het gaat om verhaalsexecutie van registergoederen op grond van hypotheek (art. 3:273 lid 1 BW) en ‘gewone’ verhaalsexecutie op onroerende zaken (art. 526 lid 1 Rv jo. art. 3:273 BW). Aangenomen moet echter worden dat deze regel voor elke vorm van verhaalsexecutie geldt.¹⁰²² Het verval van beslagen op grond van verhaalsexecutie is niet beperkt tot verhaalsbeslagen maar geldt ook voor verdelingsbeslagen, zo blijkt uit art. 770c Rv. Dit artikel bepaalt voor het maritale beslag dat een eventueel executieoverschot door de deurwaarder, notaris, of pandhouder wordt gestort bij een bewaarder als bedoeld in art. 445 Rv ten behoeve van de echtgenoot of geregistreerde partner aan wie het goed wordt toebedeeld. Dit executieoverschot kan uitsluitend ontstaan indien verhaalsexecutie heeft plaatsgevonden op het goed waarop maritaal beslag ligt. Uit het voorschrift van art. 770c Rv blijkt daarmee dat een maritaal beslag de verhaalsexecutie van het beslagen goed niet blokkeert. Uit het artikel blijkt ook dat het beslag alleen door de verhaalsexecutie wordt opgeheven voor zover dit voor deze verhaalsexecutie noodzakelijk is. Het maritale beslag blijft immers op de executieopbrengst liggen. Mijns inziens wordt ook een deelgenotenbeslag opgeheven door de verhaalsexecutie van het beslagen goed. Anders dan bij het maritale beslag blijft het deelgenotenbeslag niet op de executieopbrengst rusten. Het deelgenotenbeslag beschermt immers niet het recht om mee te delen in de waarde van de beslagen gemeenschapsgoederen.

¹⁰²¹ Zie nr. 940.

¹⁰²² Van Mierlo 2006c, Inleiding executie- en beslagrecht, aant. 17.

5 Samenloop tussen een verdelingsbeslag en een faillissement

957. Voor de samenloop tussen faillissement en een ander beslag bevat art. 33 Fw een bijzondere regel. Deze bepaling maakt executiegeschillen die zouden kunnen ontstaan door het intreden van het faillissement, overbodig. De ratio van deze regel is dat het faillissement strekt tot voldoening van alle schulden van de failliet. Executie door afzonderlijke schuldeisers van de failliet is daarmee niet verenigbaar. Een afzonderlijk beslag zou de executie door de curator slechts hinderen. Vandaar dat art. 33 lid 1 Fw bepaalt dat een vóór het faillissement aangevangen tenuitvoerlegging op het vermogen van de schuldenaar dadelijk een einde neemt. Lid 2 voegt daaraan toe dat gelegde beslagen vervallen. De ratio van deze regel brengt met zich mee dat zij niet van toepassing is op conservatie of executie van een recht dat tegen de curator kan worden ingeroepen. Deze regel is dan ook niet van toepassing als bijvoorbeeld een verkoper zijn recht van reclame heeft ingeroepen en op grond van zijn vordering tot revindicatie beslag tot afgifte heeft gelegd.

958. Het is de vraag of de samenloopregel van art. 33 Fw zich ook uitstrekt tot de beide verdelingsbeslagen. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen het geval dat het gemeenschappelijke goed zelf voor verhaal vatbaar is en daarmee in het faillissement valt en het geval waarin alleen verhaal op het aandeel van een deelgenoot mogelijk is.

959. Verhaal op de gemeenschapsgoederen in het kader van faillissement is mogelijk als het faillissement geldt voor gemeenschapsschulden. Zoals ik hierboven al uiteengezet heb, is het recht van een gemeenschapsschuldeiser om zich te verhalen op de gemeenschapsgoederen sterker dan het recht van een deelgenoot om die goederen krachtens de verdeling te verkrijgen.¹⁰²³ Dit betekent dat een verdelingsbeslag de afwikkeling van het faillissement slechts zou hinderen en dus moet vervallen. Daarbij is het onverschillig of het gaat om een deelgenootenbeslag of een maritaal beslag.¹⁰²⁴

960. Valt slechts het aandeel van een deelgenoot in het faillissement, dan mist in beginsel art. 33 Fw toepassing. Immers, volgens vaste rechtspraak is art. 33 Fw is slechts toepasselijk indien het goed waarop beslag ligt in het faillissement valt.¹⁰²⁵ Dit is niet het geval indien slechts verhaal mogelijk is op het aan-

¹⁰²³ Vgl. 940.

¹⁰²⁴ Zo ook ten aanzien van het maritaal beslag Van der Lee 1997, p. 31, Rueb 2005, p. 388, Jansen 1990, p. 370. Anders Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 448, Harreman 2007, p. 209-210, Van Mourik & Verstappen 2006, p. 184 Heemskerk 2006, nr. 255. Zowel Van Mourik en Verstappen als Heemskerk menen echter dat het maritale beslag niet in de weg staat aan vervreemding van de beslagen goederen door de curator. Deze opvatting ligt in feite zeer dicht aan tegen de opvatting dat het beslag door het faillissement vervalt.

¹⁰²⁵ HR 28 januari 1932, *NJ* 1932, 338, m.nt. E.M. Meijers (*Heineken/Ontvanger*), HR 3 oktober 1980, *NJ* 1981, 60, m.nt. W.M. Kleijn, *Ars Aequi* 1981, 83, m.nt. W.C.L. van

deel van een deelgenoot in een goed. Desondanks ben ik van mening dat de ratio van art. 33 Fw kan meebrengen dat een verdelingsbeslag vervalt op grond van het faillissement. Daarbij moet onderscheid gemaakt worden tussen een deelgenotenbeslag dat is gelegd door de deelgenoot-failliet, een privéschuldeiser van de deelgenoot-failliet, een andere deelgenoot, of door een privéschuldeiser van die deelgenoot.

961. Een deelgenotenbeslag dat is gelegd door de deelgenoot-failliet dient om de rechten van deze deelgenoot veilig te stellen. De ratio van art. 33 Fw brengt met zich mee dat in het deelgenotenbeslag blijft liggen. De curator kan als vertegenwoordiger van de deelgenoot-failliet de rechten die uit dit beslag voortvloeien inroepen. Op deze situatie is art. 27 Fw van toepassing.

962. Een deelgenotenbeslag dat is gelegd door een privéschuldeiser van de deelgenoot-failliet dient ter bescherming van de rechten van de deelgenoot-failliet en daarmee van deze privéschuldeiser. Dit beslag is in beginsel niet verenigbaar met de ratio van art. 33 Fw. Dit beslag hindert de curator bij het verhaal op goederen van de failliet. Bovendien is de privéschuldeiser die het beslag heeft gelegd niet meer bevoegd om de vordering tot verdeling in te stellen. Deze vordering moet door de curator worden ingesteld (art. 25 Fw). Het beslag vervalt dan ook met de faillietverklaring van de deelgenoot.

963. Een deelgenotenbeslag dat is gelegd door een andere deelgenoot dan de deelgenoot-failliet dient ter bescherming van de rechten van deze andere deelgenoot. Zijn rechten worden niet in het faillissement van de deelgenoot-failliet verwezenlijkt, maar in een afzonderlijke verdelingsprocedure die tegen de curator moet worden gevoerd (art. 25 Fw). Hieruit volgt dat het beslag niet vervalt.

964. Een deelgenotenbeslag dat is gelegd door een privéschuldeiser van een andere deelgenoot dan de deelgenoot-failliet dient ter bescherming van de rechten van deze andere deelgenoot. Hiermee worden ook de rechten van de beslagleggende privéschuldeiser beschermd. Voor dit beslag geldt dus hetzelfde als voor het beslag dat wordt gelegd door een andere deelgenoot dan de deelgenoot-failliet.

6 Reguliere afwikkeling van het beslag

965. In deze paragraaf behandel ik de reguliere afwikkeling van het verdelingsbeslag. Daarbij besteed ik eerst aandacht aan het verval van het beslag als gevolg van de verdeling (6.1). Vervolgens ga ik in op het gevolg van de vernietiging of terzijdestelling van een verdelingsuitspraak (6.2). Tot slot behandel ik

der Grinten (*Ontvanger/Schriks*), HR 12 mei 1989, *NJ* 1990, 130, m.nt. W.H. Heemskerk, *Ars Aequi* 1990, 104, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sigmacon I*).

de afwikkeling van een deelgenotenbeslag dat is gelegd door een privéschuldeiser van een deelgenoot (6.3).

6.1 *Verval van het beslag als gevolg van de verdeling*

966. Een verdelingsbeslag wordt afgewikkeld via de verdeling en de daarop volgende levering. Een verdelingsbeslag vervalt als het beslagen goed aan een andere deelgenoot wordt toebedeeld dan de deelgenoot voor wiens aandeel het beslag is gelegd (art. 733 lid 2 en 770b Rv). Wordt het beslagen goed toebedeeld aan de beslagleggende deelgenoot, dan blijft het beslag liggen totdat het goed krachtens de verdeling aan de deelgenoot voor wiens aandeel beslag is gelegd, is geleverd (art. 735 lid 1 en 770b Rv). Het beslag heeft geen executoriale pendant, zodat formaliteiten zoals het betekenen van de executoriale titel aan de beslagene achterwege kunnen blijven (art. 704 Rv). Waar het gaat om een beslag dat onder een derde is gelegd, is betekening van de executoriale titel wel een voorwaarde voor het ontstaan van de plicht tot uitkering. De goederenrechtelijke effectuering van de verdeling wordt niet verwezenlijkt via het beslag, maar door reële executie.

967. Gaat het om een deelgenotenbeslag, dan vervalt het beslag ook als er zes maanden zijn verstreken nadat in de hoofdzaak een beslissing is verkregen die een executoriale titel oplevert en die beslissing in kracht van gewijsde is gegaan (art. 735 lid 1 Rv). De ratio van deze laatste regel is het voorkomen dat het beslag eeuwig blijft liggen, omdat de beslaglegger in gebreke blijft, met de door hem in de hoofdzaak verkregen executoriale titel iets te ondernemen.¹⁰²⁶

968. De voorschriften van art. 733 lid 2 en 770b lid 1 Rv zijn incompleet. De deelgenoten kunnen in het kader van de verdeling ook besluiten het goed ten behoeve van de verdeling te verkopen (art. 3:185 lid 2, aanhef en onder c, BW). Bovendien is het mogelijk dat het goed met machtiging van de rechter wordt verkocht ten behoeve van de voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld (art. 3:174 BW). In beide gevallen moet het beslag vervallen. Aangezien de regel dat het beslag vervalt als het beslagen goed aan een andere deelgenoot wordt toebedeeld, moet worden gezien als de wettelijke neerslag van de regel dat een deelgenoot gehouden is een beslag op te heffen als en voor zover het beslag voor hem geen functie meer heeft,¹⁰²⁷ moet ook in deze gevallen worden aangenomen dat een verdelingsbeslag vervalt.¹⁰²⁸

¹⁰²⁶ MvT Inv. Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 336.

¹⁰²⁷ Zie nr. 862.

¹⁰²⁸ Vgl. Van Hemel 1998, p. 333 en 334.

6.2 Vernietiging of terzijdestelling van een verdelingsuitspraak

969. De regel dat een verdelingsbeslag vervalt als het goed aan een andere deelgenoot dan de beslaglegger wordt toebedeeld kan voor problemen zorgen als de verdeling door de rechter wordt vastgesteld. In dat geval kan de uitspraak van de rechter door een rechtsmiddel worden vernietigd, waarna het beslagen goed alsnog aan de beslaglegger wordt toebedeeld. Als de verdeling aanvankelijk in kort geding is vastgesteld,¹⁰²⁹ is het ook mogelijk dat de kortgedinguitspraak door een andersluidende uitspraak in de bodemprocedure terzijde wordt gesteld. In beide gevallen is het de vraag of een verdelingsbeslag dat is vervallen op grond van het feit dat het goed aan een andere deelgenoot dan de beslaglegger is toebedeeld, al dan niet met terugwerkende kracht, herleeft.

970. Om deze vraag te beantwoorden is allereerst van belang om te bepalen wanneer een uitspraak waarin de rechter de verdeling vaststelt zijn werking verkrijgt. Aangezien het om een constitutieve uitspraak gaat, geldt als hoofdregel dat de uitspraak pas zijn werking verkrijgt als hij in kracht van gewijsde is gegaan.¹⁰³⁰ Dit betekent dat een goed pas in de zin van art. 733 lid 2 en 770b Rv aan een deelgenoot wordt toebedeeld als tegen de uitspraak geen gewoon rechtsmiddel meer open staat.

971. Uit de rechtspraak ten aanzien van een constitutief vonnis waarbij de rechter een beslag opheft, blijkt echter dat de rechter het moment waarop een constitutieve uitspraak zijn werking verkrijgt kan vervroegen door het uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.¹⁰³¹ Dit blijkt ook uit art. 3:17 lid 1, aanhef en onder e, BW, waarin wordt bepaald dat rechterlijke uitspraken die de rechtstoestand van een registergoed betreffen inschrijfbaar zijn op voorwaarde dat zij – kort gezegd – hetzij in kracht van gewijsde zijn gegaan, hetzij uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard.¹⁰³² Dit betekent dat een werking van een uitspraak waarin de rechter de verdeling vaststelt, kan worden vervroegd door de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Wordt in deze uitspraak een goed aan een andere deelgenoot dan de beslaglegger toebedeeld, dan vervalt het beslag onmiddellijk. Wordt de verdeling vervolgens door levering geëffectueerd en vervreemdt de deelgenoot aan wie het goed is toebedeeld dat goed, dan is het de vraag wat het rechtsgevolg van deze vervreemding is als de uitspraak waarbij de verdeling werd vastgesteld wordt vernietigd of terzijde gesteld. Herleeft in dat geval het beslag en, zo ja, gebeurt dit met terugwerkende kracht?

¹⁰²⁹ Zoals gezegd, ben ik van mening dat de verdeling ook in kort geding kan worden vastgesteld; zie nr. 438-439.

¹⁰³⁰ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 161, HR 2 december 1949, *NJ* 1950, 20 en HR 27 april 1967, *NJ* 1967, 279.

¹⁰³¹ HR 20 januari 1995, *NJ* 1995, 413, m.nt. H.E. Ras (*Smokehouse/Culimer*); vgl. ook Van Rossum 1995, p. 7-10.

¹⁰³² Vergelijk ook art. 3:301 BW, dat een dergelijke regel bevat.

972. Naar mijn mening herleeft in een dergelijk geval het beslag. Door de vernietiging of terzijdestelling van een rechterlijke uitspraak verdwijnt deze uit de rechtsorde. Er is geen reden om aan te nemen dat dit bij een verdelingsuitspraak anders zou zijn. Dit betekent dat het goed feitelijk nooit is toebedeeld. Het beslag moet dus herleven. Rest alleen de vraag of dit al dan niet met terugwerkende kracht gebeurt. Mijns inziens moet hier een vergelijking worden gemaakt met de opheffing van een beslag in kort geding en de vernietiging van dit kortgedingvonnis. In dat geval herleeft het beslag niet met terugwerkende kracht. Zoals de Hoge Raad in het arrest *Aruba/Boeije* overweegt, strekt een opheffingsuitspraak die uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard ertoe:

‘de beslagene *volledig*¹⁰³³ te herstellen in zijn bevoegdheid om het goed te vervreemden of te bezwaren.’¹⁰³⁴

De noodzaak om de beslagene volledig te herstellen in zijn bevoegdheid om het goed te vervreemden, rechtvaardigt het herleven *ex nunc*. Zou het beslag immers *ex tunc* herleven, dan zou de beslaglegger ernstig worden gehinderd in zijn bevoegdheid over het goed te beschikken. Zijn beschikkingshandelingen zouden dan bij het herleven alsnog aan het beslag worden getoetst. Deze ratio brengt ook mee dat een verdelingsbeslag slechts *ex nunc* herleeft indien de uitvoerbaar bij voorraad verklaarde verdelingsuitspraak wordt aangetast. Met de uitvoerbaar bij voorraadverklaring beoogt de rechter dat het verdelingsvonnis direct werking verkrijgt en dat de deelgenoot aan wie het beslagen goed wordt toebedeeld onmiddellijk na de levering beschikkingsbevoegd wordt ten aanzien van het beslagen goed. Zou het beslag *ex tunc* herleven, dan wordt dit doel niet bereikt.

973. De rechter die een verdelingsuitspraak uitvoerbaar bij voorraad verklaart, moet zich wel rekenschap geven van het feit dat zijn uitspraak tevens ertoe zal leiden dat gelegde verdelingsbeslagen vervallen. In het arrest *Aruba/Boeije* wijst de Hoge Raad al erop dat de rechter aan de uitvoerbaar bij voorraadverklaring de voorwaarde van zekerheidstelling kan verbinden. Wellicht zou de rechter ook de werking van de uitvoerbaar bij voorraadverklaring in die zin beperken dat gelegde verdelingsbeslagen niet vervallen, althans dat zij *ex nunc* herleven indien de uitspraak wordt vernietigd.

6.3 Afwikkeling van een deelgenotenbeslag dat is gelegd door een privé-schuldeiser

974. Het deelgenotenbeslag dat is gelegd door een privéschuldeiser is in zekere zin een merkwaardig beslag. Het beslag wordt gelegd om het recht op toedeling van de deelgenoot-schuldenaar veilig te stellen. Het uiteindelijke doel van

¹⁰³³ Mijn cursivering, MLT.

¹⁰³⁴ HR 26 mei 2000, NJ 2001, 388, m.nt. H.J. Snijders, *Ars Aequi* 2001, 107, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Aruba/Boeije*).

het beslag is echter om tot verhaal op de toebedeelde goederen te komen. Probleem daarbij is dat het deelgenotenbeslag niet overgaat in een verhaalsbeslag. Dit betekent dat de deelgenoot-schuldenaar voor wiens aandeel beslag is gelegd na de verdeling en de levering, de goederen alsnog weg kan maken. Om dit te voorkomen moet de privéschuldeiser onder de gezamenlijke deelgenoten derdenbeslag leggen ten laste van de deelgenoot-schuldeiser op alles wat deze schuldeiser krachtens de verdeling zal verkrijgen.

975. Van Mierlo komt met een alternatieve oplossing door erop te wijzen dat het paulianabeslag van art. 737 Rv van rechtswege overgaat in een verhaalsbeslag.¹⁰³⁵ Hij stelt dat het aantrekkelijk zou zijn om deze regeling analoog toe te passen bij het deelgenotenbeslag. Probleem daarbij is, zoals Van Mierlo al stelt, dat de wetgeschiedenis hiervoor geen aanknopingspunten biedt. Gezien het gebrek aan aanknopingspunten voor de door Van Mierlo gesuggereerde weg ben ik van mening dat deze niet begaanbaar is. De overgang van een deelgenotenbeslag naar een verhaalsbeslag gaat hiervoor met te veel rechtsonzekerheid gepaard. De wetgever zou deze weg alsnog begaanbaar kunnen maken. Daarbij wordt een hindernis gevormd door de regel dat deelgenotenbeslag slechts kan worden gelegd voor zover de goederen in het bijzonder in aanmerking komen om aan de deelgenoot voor wiens aandeel beslag wordt gelegd te worden toebedeeld. Immers, voor zover de gemeenschap goederen betreft die niet aan dit criterium voldoen, moet de privéschuldeiser alsnog derdenbeslag leggen.

7 Conclusie

976. In dit hoofdstuk is het einde van het beslag behandeld. Een verdelingsbeslag kan op drie gronden eindigen, te weten tussentijdse opheffing, samenloop met een andere executie en als gevolg van de reguliere afwikkeling van het beslag. Tussentijdse opheffing geschiedt doordat de rechter het beslag opheft of de opheffing daarvan beveelt. Deze opheffing geschiedt doorgaans in kort geding, maar de gang naar de bodemrechter is niet uitgesloten. Tot kennisneming van een vordering tot opheffing in kort geding is zowel de voorzieningenrechter die het beslagverlof heeft verleend als de reguliere voorzieningenrechter in kort geding bevoegd. Hoewel de opheffing van een beslag in kort geding plaatsvindt, geldt voor de opheffingsvordering niet het vereiste van spoedeisendheid. De gronden waarop een beslag kan worden opgeheven, zijn niet limitatief in de wet vastgelegd. Uiteindelijk moet de vraag of een beslag moet worden opgeheven worden beantwoord door weging van de wederzijdse belangen. De opheffing van een beslag kan zowel door een condemnatoir als een constitutief opheffingsvonnis worden bewerkstelligd. Vernietiging van een dergelijk vonnis leidt tot herleving van het beslag. Is het opheffingsvonnis uitvoerbaar bij voorraad

¹⁰³⁵ Van Mierlo 1995, art. 733, aant. 5.

verklaard, dan herleeft het beslag *ex nunc*. Dat wil zeggen dat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed worden geëerbiedigd.

Opheffing van het beslag kan ook plaatsvinden als gevolg van samenloop met een ander beslag. Bij samenloop met een ander verdelingsbeslag vindt deze opheffing pas plaats op het moment van verdeling, of in bepaalde gevallen bij de levering. Bij samenloop met een ander beslag dan een verdelingsbeslag staat de weg naar de voorzieningenrechter in een executie of conservatiegeschil open. Het materiële recht bepaalt dan welk recht waarvoor beslag is gelegd, kan worden vervolgd. De beslagen die met dit beslag botsen, moeten worden opgeheven.

Loopt een verdelingsbeslag samen met een faillissement van een deelgenoot, dan vervalt het beslag op grond van art. 33 Fw indien het faillissement het beslagen goed omvat. Dit is het geval als het faillissement gemeenschapsschulden betreft. Valt niet het gemeenschapsgoed zelf maar een aandeel daarin in het faillissement, dat wil zeggen dat het faillissement slechts privéschulden betreft, dan vervalt het beslag slechts indien het is gelegd door een privéschuldeiser van de deelgenoot-failliet.

Tot slot kan het beslag eindigen door de reguliere afwikkeling van het beslag, de verdeling. Een verdelingsbeslag vervalt indien het beslagen goed wordt toebedeeld en geleverd aan de beslaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel de beslaglegger optreedt. Een verdelingsbeslag vervalt evenzeer indien het beslagen goed wordt toebedeeld aan een ander dan de beslaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt, of indien het goed ten behoeve van de verdeling wordt verkocht. Wordt een verdelingsuitspraak waarbij de rechter de verdeling vaststelt vernietigd of terzijdegesteld, dan herleeft het beslag. Deze herleving vindt, gelijk bij de vernietiging van een opheffingsuitspraak, *ex nunc* plaats.

CONCLUSIES EN SAMENVATTING

977. In hoofdstuk I zijn de *bevoegdheden van de deelgenoten* aan de orde gekomen. Daarbij heb ik onderscheid gemaakt tussen het bestuur van de gemeenschappelijke goederen, de bevoegdheid om deze goederen voor schulden te verbinden, het afgescheiden vermogen en de gemeenschap als procespartij.

Ten aanzien van het bestuur van de gemeenschap is gebleken dat het bestuur van de gemeenschap op twee grondfiguren kan zijn gebaseerd, te weten ‘volmacht’ en ‘machtiging’. Is het bestuur van de gemeenschap gebaseerd op een *volmacht*, dan kunnen de bestuursbevoegde deelgenoten de gezamenlijke deelgenoten zowel verbintenisrechtelijk als goederenrechtelijk binden. Is het bestuur vormgegeven als een *machtiging*, dan kunnen de bestuursbevoegde deelgenoten alleen de aan de gemeenschappelijke goederen verbonden bevoegdheden uitoefenen. In beide gevallen wordt de bestuursmacht van de bestuursbevoegde deelgenoten beperkt door de beginselen van de doel- en objectgebondenheid. Dat wil zeggen dat de bestuursbevoegde deelgenoot zijn bevoegdheden niet mag gebruiken voor een ander doel dan dat waarvoor deze bevoegdheden zijn verleend, namelijk het doel van de gemeenschap. Bovendien mag de bestuursbevoegde deelgenoot in beginsel alleen rechtsgevolgen in het leven roepen voor zover deze de gemeenschappelijke goederen betreffen.

De bij de bijzondere en liquidatiegemeenschappen voor de bestuursbevoegde deelgenoot bestaande mogelijkheid om de *goederen van de gemeenschap voor schulden te verbinden* vloeit voort uit het gegeven dat de bevoegdheid om een goed voor schulden te verbinden een bevoegdheid is die aan een goed is verbonden. Deze bevoegdheid valt daarmee in ruime zin onder het bestuur van de gemeenschap. Daarbij moet worden aangetekend dat ten aanzien van deze bevoegdheid geen contractsvrijheid van de deelgenoten bestaat. De bevoegdheid om het goed voor schulden te verbinden bestaat uitsluitend op grond van de wet. Bij de toekenning van deze bevoegdheid volgt de wet de grondvormen van volmacht en machtiging. De keuze tussen volmacht en machtiging beïnvloedt de wijze waarop voor een gemeenschapsschuld verhaal kan worden genomen. Kiest de wet voor de volmacht, dan moeten alle deelgenoten gezamenlijk worden aangesproken. Is de bestuursverdeling gebaseerd op machtiging, dan moet alleen de bestuursbevoegde deelgenoot worden aangesproken voor de schuld.

Binnen de gemeenschappen bestaat het fenomeen ‘*afgescheiden vermogen*’. Dat wil zeggen dat de gemeenschap een zekere onafhankelijke positie ten opzichte van de deelgenoten verkrijgt. Het afgescheiden vermogen doet zich niet bij alle gemeenschappen in gelijke mate voor. Aan de actieve zijde van de gemeenschap vormen alle gemeenschappen een afgescheiden vermogen. Aan de passieve zijde van de gemeenschap vormen alleen de bijzondere gemeenschap en de liquida-

tiegemeenschap een afgescheiden vermogen. Alleen bij deze gemeenschappen bestaat de mogelijkheid om de goederen voor schulden te verbinden.

Ook als de gemeenschap in een *procedure* betrokken raakt, moet onderscheid worden gemaakt tussen de actieve en de passieve zijde van de gemeenschap. Alle gemeenschappen vormen aan hun actieve zijde de materiële procespartij. Dat wil zeggen dat alle deelgenoten gezamenlijk materiële procespartij zijn. Hetzelfde geldt aan de passieve zijde voor zover het gaat om de aan de gemeenschappelijke goederen verbonden verplichtingen. Gaat het om schulden waarvoor de gemeenschap kan worden uitgewonnen, dan vormt de gemeenschap, dat wil zeggen: de gezamenlijke deelgenoten, de materiële procespartij als deze schulden zijn aangegaan door een bestuursbevoegde deelgenoot in een gemeenschap waarbij de bestuursverdeling is gebaseerd op volmacht. Gaat het om schulden die zijn aangegaan door een bestuursbevoegde deelgenoot in een gemeenschap waarbij de bestuursverdeling is gebaseerd op machtiging, dan is de bestuursbevoegde deelgenoot de materiële procespartij.

Is de gemeenschap, lees: zijn de gezamenlijke deelgenoten, materiële procespartij, dan moeten de vragen wie bevoegd is de procedure te voeren en op wiens naam de procedure moet worden gevoerd, worden beantwoord aan de hand van de bestuursverdeling. Is de bestuursverdeling gebaseerd op machtiging, dan kan de bestuursbevoegde deelgenoot in eigen naam procederen. Is de bestuursverdeling gebaseerd op volmacht, dan procedeert de bestuursbevoegde deelgenoot in naam van de gezamenlijke deelgenoten. De gemeenschap moet echter niet worden gezien als een quasi-rechtssubject. De verschillende deelgenoten behouden hun processuele autonomie tot in hoge mate. Zij mogen ieder afzonderlijk proceshandelingen verrichten. Ook de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de vennootschap onder firma brengt niet met zich mee dat de gemeenschap als quasi-rechtssubject zou moeten worden gezien. Deze rechtspraak laat zich verklaren uit de beperkingen van de macht van de bestuursbevoegde deelgenoot.

978. In hoofdstuk II is de *verdeling van de gemeenschap* behandeld. Daarbij is allereerst de controverse in de literatuur over het begrip verdeling aan de orde gekomen. Ik heb bepleit dat onder ‘verdeling’ in beginsel de overeenkomst van verdeling moet worden begrepen. Dat is de overeenkomst waarbij alle deelgenoten gezamenlijk regelen aan welke deelgenoot, al dan niet onder de verplichting een vordering uit overbedeling te voldoen, welke gemeenschappelijke goederen zullen worden toegedeeld en waarbij zij ook kunnen regelen wie van hen draagplichtig zal zijn voor welke voor rekening van de gemeenschap komende schulden. De overeenkomst van verdeling moet worden uitgevoerd door levering. Aan de verdeling moeten krachtens art. 3:195 BW alle deelgenoten, beperkt gerechtigden op een aandeel en privéschuldeisers met een bevel tot verdeling deelnemen. Gebleken is dat dit voorschrift op een denkfout berust. Het voorschrift

moet in die zin moeten worden opgevat, dat alle deelgenoten en alle gerechtigden op een aandeel in een gemeenschappelijk goed aan de levering van dat goed ter uitvoering van de verdeling deelnemen. De deelneming van de privé-schuldeiser met een bevel tot verdeling moet worden begrepen als de verklaring de verdeling niet op grond van de actio pauliana aan te tasten.

De tweede vraag die in hoofdstuk II aan de orde kwam, is de vraag in welke gevallen de partijen die bij de gemeenschap zijn betrokken, de verdeling van de gemeenschap kunnen afdwingen. Als hoofdregel geldt hier dat verdeling van de gemeenschap te allen tijde kan worden afgedwongen. Op deze hoofdregel bestaan wel de nodige uitzonderingen. Deze uitzonderingen zijn geïnventariseerd onder nummers 301 tot en met 325.

De derde vraag die in hoofdstuk II is behandeld, is de vraag hoe de verdeling van een gemeenschap kan worden afgedwongen. Hiervoor bevat de wet een sluitend stelsel. Ten eerste kan worden afgedwongen dat partijen met elkaar in onderhandeling treden over een te sluiten verdelingsovereenkomst. Dit gebeurt door middel van een vordering tot een bevel tot verdeling. Op deze manier worden partijen verplicht om met elkaar in onderhandeling te treden ten overstaan van een notaris. Weigert een partij haar medewerking aan deze onderhandelingen, dan kan voor hem een onzijdig persoon optreden. Komen partijen niet tot overeenstemming over de verdeling, dan kan de rechter de geschillen die partijen verdeeld houden, beslechten. Hij past hierbij een bijzondere norm toe. Hij weegt naar billijkheid de belangen van partijen en het algemeen belang. Bij deze weging houdt hij rekening met tal van factoren. Ik heb verdedigd dat, als de rechter op grond van deze norm een verdeling vaststelt, deze vastgestelde verdeling slechts één van de mogelijke verdelingen is die aan deze norm beantwoorden. Is eenmaal de verdeling tot stand gekomen, dan kan deze verdeling goederenrechtelijk worden geëffectueerd door reële executie. Een aantal van deze maatregelen kan ook via een kort geding, arbitrage en bindend advies worden genomen. Deze laatste twee mogelijkheden stuiten wel op problemen als de overeenkomst van verdeling aan vormvoorschriften is gebonden.

979. In hoofdstuk III is de vraag beantwoord hoe de verdelingsbeslagen passen in het *stelsel van conservatoire maatregelen*, dat bestaat in het kader van (de verdeling van) de gemeenschap. Dit stelsel bestaat uit de initiële en de voortgezette conservatoire maatregelen. Verzegeling en boedelbeschrijving vormen de initiële conservatoire maatregelen. Deze maatregelen dienen ertoe de grootte en de samenstelling van de gemeenschap vast te stellen. Ik heb betoogd dat deze maatregelen ten onrechte niet kunnen worden toegepast bij de eenvoudige gemeenschap. De beide verdelingsbeslagen behoren tezamen met gerechtelijke bewaring en bewind tot de voortgezette conservatoire maatregelen. Dat wil zeggen dat zij mogelijk zijn zodra de beslaglegger al dan niet door boedelbeschrij-

ving op de hoogte is van de (globale) grootte en de samenstelling van de gemeenschap. Binnen het stelsel van voortgezette conservatoire maatregelen hebben de verdelingsbeslagen tot doel het inperken van de bevoegdheid van de deelgenoten om over de beslagen goederen te beschikken of ten aanzien van die goederen met beschikken gelijk te stellen handelingen te verrichten, zonder dat de deelgenoten daarbij te zeer worden beperkt in hun bevoegdheid de beslagen goederen te gebruiken. Bovendien kunnen de verdelingsbeslagen worden gebruikt als inleiding op gerechtelijke bewaring van de beslagen goederen. Dit kan ofwel door eerst verdelingsbeslag te leggen, gevolgd door een verzoek of vordering tot gerechtelijke bewaring, ofwel door een verzoek tot het leggen van beslag te combineren met een verzoek tot gerechtelijke bewaring en zo *ex parte* behandeling van het verzoek mogelijk te maken. Gebleken is dat de beperking dat deelgenotenbeslag slechts kan worden gelegd op goederen die in het bijzonder in aanmerking komen om aan de beslaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt, te worden toegedeeld, niet strookt met het stelsel van de voortgezette conservatoire maatregelen.

980. In hoofdstuk IV is het *beslagobject* aan de orde gekomen. Ik heb beargumenteerd waarom deelgenotenbeslag kan worden gelegd op goederen die voor de deelgenoot voor wiens aandeel beslag wordt gelegd, meer waarde vertegenwoordigt dan de uitsluitend monetaire waarde die het goed voor een willekeurige derde zou vertegenwoordigen.

Maritaal beslag kan, naar algemeen wordt aangenomen, worden gelegd op goederen die behoren tot enige huwelijksgemeenschap. Ik heb verdedigd dat óók de goederen die behoren tot een tussen de echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap, vatbaar zijn voor maritaal beslag. Gebleken is dat maritaal beslag bovendien kan worden gelegd op verknochte goederen, althans voor zover het beslag in dat geval een reëel doel dient. Daarnaast kan het beslag worden gelegd op goederen waarvan de status tussen de (gewezen) echtgenoten is betwist.

In hoofdstuk IV is bovendien gebleken dat verdelingsbeslagen kunnen worden gelegd op goederen die niet vatbaar zijn voor een verhaalsbeslag. Een fraai voorbeeld daarvan vormt het maritaal beslag op kredietruimte.

981. In hoofdstuk V is de vraag aan de orde gesteld *welke personen onder welke omstandigheden verdelingbeslag kunnen leggen*. Waar de wetstekst onvoldoende duidelijkheid biedt, is deze vraag beantwoord aan de hand van het leerstuk van *analoge toepassing van conservatie- en executiemiddelen*. Gebleken is dat het deelgenotenbeslag kan worden gelegd door degene die verdeling van de gemeenschap kan vorderen, dat wil zeggen: de deelgenoten, de beperkt gerechtigden op een aandeel in een gemeenschappelijk goed en de privé-schuldeisers van de deelgenoten. Daarbij behoeft het recht om verdeling van de

gemeenschap te vorderen nog niet te bestaan op het moment waarop het beslag wordt gelegd. Het beslag kan ook bij wijze van anticipatie worden gelegd. In dat geval moet de beslaglegger verdeling onder voorwaarde of tijdsbepaling vorderen. Wel moet de beslaglegger bij machte zijn om (op termijn) verdeling van de gemeenschap af te dwingen en moet hij in staat zijn om de voorwaarden in vervulling te doen gaan, die moeten worden vervuld, wil verdeling mogelijk zijn. Een anticiperend beslag mag bovendien de rechten van de deelgenoten niet onevenredig inkorten.

Maritaal beslag kan worden gelegd door degenen die als echtgenoot of gewezen echtgenoot kunnen worden aangemerkt. Dat wil zeggen: alle personen tussen wie een geldig huwelijk bestaat of heeft bestaan. Onder het begrip 'echtgenoten' vallen niet de pseudo-echtgenoten in een non-existent huwelijk, noch de echtgenoten in een huwelijk dat aan nietigverklaring blootstaat, behoudens in het geval bedoeld in art. 1:77 lid 2, aanhef en onder b, BW. Kort gezegd: de te goeder trouw zijnde echtgenoot in een huwelijk dat aan nietigverklaring blootstaat terwijl dit laatste niet het gevolg is van bigamie. Onder het begrip 'echtgenoten' vallen tevens de rechtsopvolgers onder algemene titel van de gewezen echtgenoten, mits sprake is van een verzoek dat als eis in de hoofdzaak moet worden aangemerkt of dat reeds heeft geleid tot ontbinding van de gemeenschap. Ook degene die het aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap van een echtgenoot heeft overgenomen, een rechtsopvolger onder bijzondere titel, kan als echtgenoot in de zin van art. 768 Rv worden aangemerkt. Maritaal beslag kan naar Nederlands recht niet worden gelegd door ongehuwd samenwonenden. Dit levert een schending op van het gelijkheidsbeginsel van art. 14 EVRM.

982. In hoofdstuk VI is de *positie van de beslagene en die van de overige deelgenoten* aan de orde gekomen. De Hoge Raad leert dat de vraag wie als beslagene moet worden aangemerkt, moet worden beantwoord aan de hand van het bestuur van het goed. Gebleken is dat hiermee wordt afgeweken van het beginsel dat de beslagene degene is tegen wie de executoriale titel moet worden verkregen. Bij nadere beschouwing is gebleken dat de leer van de Hoge Raad voor onjuist moet worden gehouden. Dit betekent dat de beslagene bij een deelgenotenbeslag degene is tegen wie de vordering tot verdeling ex art. 3:178 lid 1 of 180 lid 1 BW moet worden ingesteld. Dat zijn de deelgenoten of andere bij de verdeling betrokken partijen, van wie kan worden verwacht dat zij niet vrijwillig aan de verdeling zullen meewerken. Bij het maritaal beslag is de beslagene de echtgenoot tegen wie het verzoek tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap wordt ingesteld.

De positie van de deelgenoten die noch de beslaglegger zijn, noch worden aangemerkt als beslagene, wordt bepaald door art. 708 Rv. Dit betekent dat deze deelgenoten door een exploit op de hoogte moeten worden gebracht van het be-

slag. Wordt beslag op roerende zaken gelegd die zich onder één of meer van de deelgenoten bevinden, dan kan de beslaglegger ervoor kiezen om de deelgenoten die door hem niet als beslagene worden aangemerkt, buiten de werking van het beslag te houden. Dit is mogelijk door ervoor te kiezen het beslag te leggen als een beslag onder de deelgenoten ten laste van wie het beslag wordt gelegd. De beslaglegger kan er echter ook voor kiezen het beslag te leggen in de vorm van een derdenbeslag. In dat laatste geval kan het exploit op de voet van art. 708 Rv achterwege blijven.

983. In hoofdstuk VII komt de *procedure* die tot het beslagverlof moet leiden, aan de orde. Deze procedure verloopt in hoofdzaak op dezelfde wijze als de procedure die bij een verhaalsbeslag tot een beslagverlof moet leiden. Het belangrijkste verschil is dat blijkens de tekst van art. 734 lid 4 Rv bij een deelgenotenbeslag geen vrees voor verduistering hoeft te worden gesteld, terwijl krachtens art. 768 lid 3 Rv bij een maritaal beslag altijd deze vrees moet worden gesteld. Dit onderscheid laat zich verklaren doordat het deelgenotenbeslag in de regel wordt gelegd op het moment waarop voor de gemeenschap een collectieve bestuursverdeling geldt, hetgeen betekent dat het beslag de rechten van de deelgenoten nauwelijks beperkt. Maritaal beslag kan echter worden gelegd op het moment waarop voor de gemeenschap nog een privatieve bestuursverdeling geldt. Dit betekent dat, althans wanneer beslag wordt gelegd onder de bestuursbevoegde echtgenoot, het beslag de rechten van de beslagene wel inkort. Wordt echter beslag gelegd in een atypische situatie, dan zou de eis van vrees voor verduistering anders moeten worden toegepast. Bij anticiperend deelgenotenbeslag moet wél de eis van vrees voor verduistering gelden, terwijl geen eis van vrees voor verduistering zou moeten gelden bij maritaal beslag op het goed dat onder bestuur van de beslaglegger staat, en bij maritaal beslag dat wordt gelegd na de ontbinding van de gemeenschap. Hetzelfde geldt wanneer maritaal beslag wordt gelegd in het kader van een procedure tot opheffing van de gemeenschap. Bovendien is gebleken dat de vrees voor verduistering bij maritaal beslag soms botst met de regels van het verhaalsbeslag. Uit art. 768 lid 3 Rv lijkt te volgen dat bij maritaal derdenbeslag en maritaal vreemdelingenbeslag wél vrees voor verduistering moet worden gesteld, terwijl deze eis niet wordt gesteld als dezelfde beslagen in de vorm van een verhaalsbeslag worden gelegd. Gebleken is dat bij maritaal vreemdelingenbeslag het voorschrift van art. 765 Rv voorrang krijgt en geen vrees voor verduistering hoeft te worden gesteld, terwijl dit bij maritaal derdenbeslag wél moet.

984. In hoofdstuk VIII is de *eis in de hoofdzaak* aan de orde gekomen. Bij het deelgenotenbeslag wordt deze procedure gevormd door de vordering tot verdeling op de voet van art. 3:178 of 180 BW. Is deze vordering reeds toegewezen, dan kan het beslag worden gelegd zonder dat opnieuw een eis in de hoofdzaak

hoeft te worden ingesteld. Bovendien kan de beslaglegger een door een andere partij ingestelde vordering tot verdeling als hoofdzaak aanmerken. Zo nodig kan hij daartoe op de voet van art. 680 Rv de werking van deze vordering uitbreiden tot de partijen die hij als beslagene wenst aan te merken. Trekt degene die de vordering tot verdeling heeft ingesteld, deze na het leggen van het beslag in, dan heeft dat niet tot gevolg dat het beslag vervalt. Aan de beslaglegger dient in dat geval de gelegenheid te worden geboden om zelfstandig de vordering tot verdeling in te stellen.

Bij maritaal beslag duidt de wet de verzoeken tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en opheffing van de gemeenschap als eis in de hoofdzaak aan. Deze verzoeken hoeven niet gepaard te gaan met een nevenverzoek tot verdeling van de gemeenschap. Daarmee wijkt de wet af van hetgeen gebruikelijk is bij de eis in de hoofdzaak, namelijk dat deze leidt tot toetsing van het recht van de beslaglegger én dat het recht van de beslaglegger in de hoofdzaak wordt getoetst. Deze afwijking past echter binnen het kader van de ruime invulling die in de rechtspraak aan het vereiste van het instellen van de eis in de hoofdzaak is gegeven. De beslagleggende echtgenoot kan het verzoek van de andere echtgenoot tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap als hoofdzaak aanmerken. Trekt de verzoekende echtgenoot het verzoek in, dan moet aan de beslaglegger de gelegenheid worden gegund om een zelfstandig verzoek in te dienen. Is er sprake van een verzoek tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap, dan kunnen de echtgenoten beslag leggen zonder dat daarbij een nadere eis in de hoofdzaak hoeft te worden ingesteld.

985. In hoofdstuk IX heb ik besproken welke *rechtsgevolgen* een verdelingsbeslag heeft. Net als ieder beslag roept een verdelingsbeslag voor de beslagene een verbod van onttrekking van het beslagen goed in het leven. Het begrip ‘onttrekking’ is, anders dan in de literatuur wordt aangenomen, een open begrip dat moet worden ingevuld aan de hand van de strekking van het beslag. Het verbod van onttrekking heeft betrekking op alle handelingen die het gebruik van het beslagen goed betreffen en die ertoe kunnen leiden dat het beslagen goed niet, niet geheel, niet op dezelfde locatie of niet in dezelfde staat beschikbaar is voor verdeling, tenzij deze handelingen kunnen worden gekwalificeerd als normaal gebruik en de waardedaling en de kans op onttrekking van het goed aan het beslag als gevolg van dit gebruik niet te groot zijn. Hiermee treft het verbod van onttrekking de bestuursbevoegdheid van de beslagen deelgenoten. Vanaf het moment waarop het beslag is gelegd, moet hun handelen worden getoetst aan het verbod van onttrekking.

Een verdelingbeslag leidt ook tot de zogenoemde ‘blokkerende werking van het beslag’. Dat wil zeggen dat rechtshandelingen die worden getroffen door de

blokkerende werking van het beslag, niet tegen de beslaglegger kunnen worden ingeroepen. Dit betekent dat de beslaglegger deze rechtshandelingen ten tijde van de verdeling kan negeren. Hij kan dit doen door het goed ter gelegenheid van de verdeling op te eisen en in de verdeling te betrekken. Hij kan er ook voor kiezen om ten tijde van de verdeling de gewraakte rechtshandeling buiten beschouwing te laten en de gemeenschap te verdelen alsof de gewraakte rechtshandeling niet heeft plaatsgevonden. De positie van een deelgenoot die niet als beslagene is aangemerkt en die het beslagen goed niet heeft vervreemd, kan bij de verdeling voor complicaties zorgen.

986. In hoofdstuk X is de vraag beantwoord wanneer een verdelingsbeslag *onrechtmatig* is. Gebleken is dat daarbij onderscheid moet worden gemaakt tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid voor een verdelingsbeslag. Van risicoaansprakelijkheid is sprake als het beslag niet is gelegd overeenkomstig alle eisen die daarvoor gelden, of als de beslaglegger geen recht had om beslag te leggen. Van het eerste geval is bijvoorbeeld sprake indien de beslaglegger niet beschikt over een beslagverlof. Het tweede geval doet zich voor in de context van een verhaalsbeslag bij afwijzing van de vordering waarvoor beslag wordt gelegd. Bij het verdelingsbeslag moet genuanceerd worden omgegaan met dit laatste gevalstype. In geval van een deelgenotenbeslag is er geen sprake van een ten onrechte gelegd beslag indien het beslagen goed niet wordt toegedeeld aan de beslaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt. Het uitblijven van toedeling wil niet zeggen dat het goed niet in het bijzonder in aanmerking kwam om aan de beslaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel hij optrad, te worden toegedeeld. Bij een maritaal beslag is geen sprake van een ten onrechte gelegd beslag indien beslag is gelegd op een betwist goed, terwijl de beslaglegger op verdedigbare gronden kon stellen dat de status van het goed betwist was. Wel moet een dergelijk beslag direct nadat de status van het goed duidelijk is geworden, worden opgeheven.

Van schuldaansprakelijkheid van een verdelingsbeslag is in beginsel onder dezelfde omstandigheden sprake als bij een verhaalsbeslag, namelijk als het beslag misbruik van bevoegdheid oplevert. Wel geldt dat daarvan minder snel sprake is als het beslag de rechten van de beslagene niet of nauwelijks beperkt, omdat de bevoegdheden van de beslagene ten opzichte van het goed dikwijls beperkter zijn dan de bevoegdheden van de enig rechthebbende van een goed. Dit is bijvoorbeeld het geval als een deelgenotenbeslag wordt gelegd op een goed waarvoor collectief bestuur geldt, of in geval van maritaal beslag na ontbinding van de gemeenschap.

987. In hoofdstuk XI is het *einde van het beslag* ter sprake gekomen. Een verdelingsbeslag kan op drie gronden eindigen, te weten door tussentijdse opheffing, door samenloop met een andere executie en als gevolg van de reguliere

afwikkeling van het beslag. Tussentijdse opheffing geschiedt doordat de rechter het beslag opheft of de opheffing daarvan beveelt. Deze opheffing geschiedt doorgaans in kort geding, maar de gang naar de bodemrechter is niet uitgesloten. Tot kennisneming van een vordering tot opheffing in kort geding is zowel de voorzieningenrechter die het beslagverlof heeft verleend, als de 'normale' voorzieningenrechter in kort geding bevoegd. Hoewel de opheffing van een beslag in kort geding plaatsvindt, geldt voor de opheffingsvordering niet het vereiste van spoedeisendheid. De gronden waarop een beslag kan worden opgeheven, zijn niet limitatief in de wet vastgelegd. Uiteindelijk moet de vraag of een beslag moet worden opgeheven, worden beantwoord door weging van de wederzijdse belangen. De opheffing van een beslag kan door zowel een condemnatoir als een constitutief opheffingsvonnis worden bewerkstelligd. Vernietiging van een dergelijk vonnis leidt tot herleving van het beslag. Was het opheffingsvonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard, dan herleeft het beslag, maar worden wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed worden geëerbiedigd.

Opheffing van het beslag kan ook plaatsvinden als gevolg van samenloop met een ander beslag. Bij samenloop met een ander verdelingsbeslag vindt deze opheffing pas plaats op het moment van verdeling of in bepaalde gevallen bij de levering. Bij samenloop met een ander beslag dan een verdelingsbeslag staat de weg naar de voorzieningenrechter in een executie of conservatiegeschil open. Het materiële recht bepaalt dan welk recht waarvoor beslag is gelegd, kan worden vervolgd. De beslagen die met dit beslag botsen, moeten worden opgeheven.

Loopt een verdelingsbeslag samen met een faillissement van een deelgenoot, dan vervalt het beslag op grond van art. 33 Fw indien het faillissement het beslagen goed omvat. Dit is het geval als het faillissement gemeenschapsschulden betreft. Valt niet het gemeenschapsgoed zelf, maar een aandeel daarin in het faillissement, dat wil zeggen dat het faillissement slechts privéschulden betreft, dan moet de vraag of het beslag vervalt, worden beantwoord. Betreft het faillissement geen gemeenschapsschulden maar slechts privéschulden, dan vervalt het beslag slechts indien het is gelegd door een privéschuldeiser van de deelgenoot-failliet.

Tot slot kan het beslag eindigen door de reguliere afwikkeling van het beslag, de verdeling. Een verdelingsbeslag vervalt indien het beslagen goed wordt toegeëld en geleverd aan de beslaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel de beslaglegger optreedt. Een verdelingsbeslag vervalt evenzeer indien het beslagen goed wordt toegedeeld aan een ander dan de beslaglegger of de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt, of indien het goed ten behoeve van de verdeling wordt verkocht. Wordt een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde verdelingsuitspraak waarbij de rechter de verdeling vaststelt, vernietigd of terzijdegesteld,

VERDELINGSBESLAGEN

dan herleeft het beslag en worden wijzigingen in de rechtstoestand die zich tussentijds hebben voorgedaan gerespecteerd.

SUMMARY IN ENGLISH

988. The subject of this thesis is formed by the two forms of seizure with a view to division provided for by Dutch law. These are the so-called *deelgenotenbeslag* (co-owners seizure) and the so-called *maritaal beslag* (spousal seizure). Co-owners seizure is based on article 734 of the Dutch Civil Procedure Code (Rv), whilst spousal seizure is found in article 768 *et seq* Rv. In this thesis these forms of seizure are studied on the basis of nine questions, to wit:

1. How do the two forms of seizure fit within the system of measures that serve to conserve rights that exist in the context of (the division) of co-owned property?
2. What goods can be seized?
3. Who can seize co-owned goods and what conditions must be met?
4. Who is to be considered *beslagene*, i.e. the person to who's detriment the seizure works; what is the position of co-owners that are neither the party seizing the co-owned goods, nor the *beslagene*?
5. How does the procedure in which leave to seize goods has to be obtained, progress?
6. What procedure is to be considered as the so-called *hoofdzaak* (the principal proceedings), i.e. the procedure in which it is determined whether the right the person seizing goods wishes to conserve does indeed exist and as a result of which he receives the authority to execute this right.
7. What are legal consequences of seizure of co-owned goods?
8. When is the seizure of co-owned goods unlawful?
9. In what way can the seizure of co-owned goods end?

Before these questions are addressed two other topics are discussed, first the so-called *bestuur van de gemeenschap* (the governance of the co-owned goods). It is customary for one or several of the co-owners to be governing co-owners, i.e. to have the authority to exercise the rights linked with the ownership of the good on behalf of the other co-owners. As seizure limits this authority, it is important to know what the substance of authority is in the first place. The second topic that is discussed is the division of co-owned property. As both forms of seizure serve to conserve rights that are meant to be realized by the division of co-owned property, it is crucial to know the workings of division.

989. In chapter I the governance of the co-owned goods is discussed. It is concluded that the authority of the governing co-owners to exercise the right linked to the ownership of the goods can be shaped in one of two ways, first as the authority to represent the co-owners, second as a mandate of the co-owners. In the first case the co-owners become party to any transaction the governing co-owner enters into. In the second case the other co-owners do not become party to the transaction, but the results of this transaction do encompass the co-owned goods. If the law provides for it, debts caused by the actions of the governing co-owners can be recovered against the co-owned goods. If this is the case, the way the debt arose, by representation or mandate, determines how the recovery of the debt is to take shape. At the end of the chapter the so-called *afgescheiden vermogen* is discussed. This is the effect that the co-owned goods acquire a position separate from the remainder of the assets of the co-owners. It is concluded that this effect does not entail that the co-owned goods should be considered a quasi-legal entity.

990. In chapter II the division of co-owned good is addressed. First the concept of 'division' is discussed. It is concluded that the so-called *overeenkomst van verdeling*, the agreement in which it is agreed which co-owner will receive which co-owned goods, should be considered as 'division' as referred to in Dutch law. As a rule the division of co-owned property can be demanded at any time, however this rule is subject to numerous exceptions. Dutch law provides for a system that makes it possible to enforce the claim to division of co-owned property. Normally the first step is a judgement ordering the parties to enter into negotiations regarding the division under the guidance of a notary. Should a party refuse, this party can be replaced by an independent representative, an *onzijdig person*. If the parties are unable to reach agreement, the court can rule on issues dividing them. The court has the power to order that the co-owned goods will be divided in a certain way. The court also has the power to decree the division. The obligation to transfer the goods can be enforced by means of the normal rules governing the enforced transfer of goods.

991. In chapter III the system of measures that serve to conserve rights that exist in the context of (the division) of co-owned property is addressed. This system consists of the initial measures, of *verzegeling* and *boedelbeschrijving* (the sealing of co-owned goods and the drawing up of an inventory). These measures are meant to be used before the make-up of the co-owned assets is known. When the make-up is known, rights can be conserved by means of (judicial) administration of the goods (*bewind*), sequestration (*gerechtelijke bewaring*) and seizure. Each of these measures serves his own purpose.

992. In chapter IV the question what goods can be seized is addressed. I have concluded that goods that represent more than just monetary value to a co-owner

can be seized by means of co-owners seizure. Spousal seizure is possible for goods that are part of a marital community of property, but also for goods that are otherwise co-owned by the spouses. I have also concluded that seizure with a view to division is possible for goods that cannot be seized with a view to recovery of debts.

993. In chapter V the question has been answered who can seize co-owned goods what conditions must be met. I have concluded that co-owners seizure can be used by co-owners, persons with a limited right on the co-owned good and the creditors of the co-owners. These persons can seize co-owned goods before they have the right to demand the division of said goods provided that they can take the necessary steps to ensure these goods will in future be divided.

Spousal seizure can not only be used by the (former) spouses, but also by their heirs or by a person they marry after the divorce. It can also be used by a person who becomes owner as a result of the sale and subsequent transfer of the share in the co-owned goods after the divorce is final. Unmarried cohabitants cannot use spousal seizure. This is a violation of article 14 ECHR.

994. Chapter VI discusses the position of the person to who's detriment the measure of seizure acts and the position of the other co-owners. It has been shown that seizure acts to the detriment of the person against whom the principal proceedings must be instated and not, as the Hoge Raad has ruled, against the co-owner governing the goods that will be seized. This means that co-owners seizure acts to the detriment of any co-owners against whom the claim to division will be instated. Spousal seizure acts against the (former) spouse who does not seize the good.

995. The procedure in which leave to seize goods is granted forms the topic of chapter VII. This procedure doesn't differ much from the procedure that must be followed in the case of seizure with a view to recovery of debts. A notable difference is the fact the way the law addresses the requirement for *vrees voor verduistering*, i.e. the fear that the execution of a court order on certain goods will be made impossible. In the case of co-owners seizure no such requirement exists, whereas in the case of spousal seizure the spouses are always required to state that this requirement has been met. It has been shown that this state of affair is in accordance with the normal circumstances in which a co-owners or spousal seizure is used. However if one of these forms of seizure is used outside of the normal circumstances, this state of affairs is unsatisfactory.

996. The principal procedure is discussed in chapter VIII. In the case of co-owners seizure the demand to divide should be regarded as the principal procedure. In the case of spousal-seizure this is the request for divorce, for legal separation (*scheiding van tafel en bed*), or for separation of property (*opheffing van*

de gemeenschap). It is possible to consider a procedure instigated by another co-owner than the co-owners seizing the goods as the principal procedure for the purpose of the seizure.

997. The legal effects of seizure have been addressed in chapter IX. As a rule these effects are the same for seizure with a view to division and seizure with a view to recovery of a debt. It is forbidden to withdraw any good from the seizure. The transfer of any goods in spite of the seizure is void. At the moment of division the person that seized the goods may demand that these transferred goods are recovered and divided. He may also require that they be included in the division in spite of the fact that they have not or cannot be recovered.

998. The question when a seizure with a view to division is unlawful has been answered in chapter X. Under Dutch law a seizure can give rise to either strict liability of fault liability. The first occurs when formalities have been disregarded or when the person seizing a good has no right to do so. Fault liability occurs when the person seizing the goods has the right to do so and does not disregard any formalities, but abuses his power of seizure.

999. The end of the measure of seizure has been discussed in chapter XI. Seizure may end on three grounds, to wit by court ordered termination, by concurrence of seizure measures and by normal termination. Court ordered termination occurs when the seizure is unlawful. Concurrence of seizure measures happens when more than one party tries to conserve or execute rights on a co-owned good. In this case the substantive law determines what seizure measure may be continued and what seizure measure must be terminated. Normal termination of a seizure with a view to division occurs as a result of the division and the subsequent transfer of the goods.

CURRICULUM VITAE

Mark Tuil is in 1975 in Hengelo (O) geboren. Na het behalen van zijn eindexamen VWO studeerde hij Bouwkunde aan de Technische Universiteit Delft. Na twee jaar begon hij met studie Rechten aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Tijdens zijn studie was hij als student-assistent verbonden aan de Sectie Goederenrecht en burgerlijke rechtsvordering. Na zijn afstuderen trad hij bij deze sectie in dienst als promovendus. Momenteel is hij verbonden aan de Sectie Burgerlijk recht.

TREFWOORDENREGISTER

Verwezen wordt naar randnummers

Afgescheiden vermogen	95-118	zie verdeling, vordering tot	
- afgescheiden verhaalsvermogen	108-118	Bewind	489
- in ruime zin	99-107	Bijzonder verhaalsrecht	66-68
- onbalans	96-98	Boedelbeschrijving	467-476
Afwikkeling verdelingsbeslag	965-975	Discriminatie, verbod van	662-676
Analoge toepassing van conservatie- en executiemiddelen	577-585	Deelgenotenbeslag	
Beschikkingsbevoegdheid en verdeling	279-288	- afwikkeling	965-975
Beslagene		- anticiperend	589-606
- begrip	679	- beslagene	736
- bij deelgenotenbeslag	736	- beslaglegger	586-609
- bij maritaal beslag	749	- beslagobject	510-517
- beslagene bij verhaalsbeslag op gemeenschap van personenvennootschap	731-732	- doel	505-506
- bij verhaalsbeslag op huwelijksgemeenschap	683-729	- eis in de hoofdzaak	816-833
- dubbelrol	687-694	- geschiedenis	505
- hoofdrol	691-694	- na rechtsopvolging	607
Beslagrekest	753-803	- onder wie?	741-747
- bevoegde rechter	787-798	- positie overige deelgenoten	737-740
- gebrekkig rekest	785-786	- posterieur beslag	828-833
- inhoud van	754-786	- rechtsgevolgen	857-866
- rechtsmiddelen	801	- risicoaansprakelijkheid	910-915
- vrees voor verduistering	768, 770-784	- schuldaansprakelijkheid	916-917
Bestuur van een goed	9-12	- vrees voor verduistering	768
- actieve zijde	10	Doelgebondenheid en huwelijks-gemeenschap	46-49
- passieve zijde	11-12	Doelgebondenheid van de bestuursverdeling	41-45
Bestuursverdeling	8-52	Dwaling bij verdeling	226
Bestuursverdeling	32-39	Eigen naam, procederen onder - bij v.o.f.	196-201
- collectieve bestuursverdeling	35-36	Eigen recht-rechtspraak	186-195
- cumulatieve bestuursverdeling	35-36	Exceptio plurium litis consortium en bestuursverdeling	171
- doelgebondenheid	41-45	zie meerpartijenverhoudingen, processuele	
- mengvormen	37-39	Executoriale titel	
- objectgebondenheid	50-52	- verhaal op gemeenschaps-goed	79
- privatieve bestuursverdeling	35-36	- verhaal op goed van ander dan schuldenaar	68-78
- rechtskarakter van de	33-34	- verhaal op privégoed	89-94
Betwiste goederen	535-538	Formele procespartij	130-131
Bevel tot verdeling			

VERDELINGSBESLAGEN

- en gemeenschap	146	plichting	
- Uiteenlopen materiële en formeel procespartij	132-146	- niet-feitelijke levering van roerende zaken	218
		- van vorderingen	219
Gedwongen schuldverrekening	403		
Gemeenschap, bijzondere	3	Machtiging	19-21
Gemeenschap, eenvoudige	3	- rechtsgevolgen	22-25
Liquidatiegemeenschap	3	Maritaal beslag	
Overgangsgemeenschap	3	- afwikkeling	965-975
Gerechtelijke bewaring	477-488	- Beslagene	749
Geregistreerd partnerschap	5	- beslaglegger	610-677
Gesloten stelsel van conservatie- en executierecht	580-582	- bij nietigverklaring van hu- welijk	626-630
		- bij non-existente huwelijken	620-625
Herleven beslag		- doel	504
- vernietiging opheffingsuit- spraak	830	- door echtgenoten	611-612
- vernietiging verdelingsuit- spraak	969-973	- door gewezen echtgenoten	613-616
Hoofdzaak, eis in de	804-842	- door ongehuwd samenwo- nenden	653-676
- arbitrage	809	- eis in de hoofdzaak	834-841
- belastingaanslag	811-812	- geschiedenis	504
- bij deelgenotenbeslag	816-833	- maritaal derdenbeslag	779-781
- bij maritaal beslag	834-841	- na hertrouwen	632-647
- desiderata	807, 808, 813-815	- na overlijden	632-647
- kort geding	810	- na rechtsopvolging onder al- gemene titel	632-647
- na toewijzing verdelingsvor- dering	832-833	- na rechtsopvolging onder bij- zondere titel	648-652
- van andere partij	829-831	- onder wie?	751
Ieder voor het geheel-leer	46-49	- op betwiste goederen	535-538
Informele vereffening	399-402	- op eenvoudige gemeenschap	531-534
Ius agendi	120	- op kredietruimte	560-574
Ius recursus exstensus	174	- op verknochte goederen	519-530
		- op voor verhaalsbeslag on- vatbare goederen	539-574
Kort geding		- posterieur beslag	644, 646, 651, 839- 841, 839- 841
- als eis in de hoofdzaak	810		
- en bestuursregeling	441	- rechtsgevolgen	
- en partiële verdeling	440	- rechtsgevolgen	857-866
- en vaststelling van de verde- ling	437-440	- risicoaansprakelijkheid	909
- en vordering tot verdeling	437-440	- schuldaansprakelijkheid	916-917
		- vrees voor verduistering	770-784
Levering en verdeling	216	Materiële procespartij	120-129
- beschikkingsbevoegdheid	279-288	- actieve zijde	124
- executie van de leveringsver-	412-421	- passieve zijde	125-129
		- uiteenlopen materiële en for-	132-146

TREFWOORDENREGISTER

mele procespartij		- belangenafweging	927-928
Meerpartijenverhoudingen, processuele	150-184	- bevoegde rechter	921-924
- exceptio plurium litis consortium	158-159, 171, 397	- opheffingsgronden	926-928
- gedwongen strijdgenootschap	157-159, 397	- opheffingsvonnis	929
- gedwongen strijdgenootschap en gemeenschap	161-164	- spoedeisend belang	925
- noodzakelijk strijdgenootschap	165-170	- vernietiging opheffingsvonnis	930-931
- partijautonomie en gemeenschap	172-180	Oveeenkomst van toedeling, begrip	212-214
- partijautonomie en vrijwillig strijdgenootschap	154-156	Overeenkomst tot toedeling	220
- subjectieve cumulatie	152	Overgang	211
- verwijzing van zaken	152	Peildatumproblematiek	354-358
- voeging van zaken	152	Positie overige deelgenoten	
- vrijwillig strijdgenootschap	151-156	- bij deelgenotenbeslag	736-747
Nietige verdeling	226, 264, 279-288	- bij maritaal beslag	750,751
Non-comparitie, proces-verbaal van	395	- bij verhaalsbeslag op huwelijksgemeenschap	706-722
Non-discriminatie	662-676	- bij verhaalsbeslag op personenvennootschap	733, 734
Normaal gebruik van beslagen goederen	848	Posterieur verdelingsbeslag	827-842
Notaris en verdeling		- deelgenotenbeslag	828-833
- na bevel tot verdeling	333	- maritaal beslag	644, 646, 651, 839-841
- onwillige deelgenoot	340-341	Privégoederen, verbinden van - voor gemeenschapsschulden	80-85
- terugverwijzing naar	393-396	- op grond van machtiging	81
- vervanging	334-341	- op grond van volmacht	82-85
Objectgebondenheid van de bestuursverdeling	50-52	Procedure gemeenschap vs. deelgenoot	188-194
Objectieve eisen aan verdeling	233-235	Procesbevoegdheden individuele deelgenoten	172
Ongewis verknochte goederen	537-538	Procespartij, gemeenschap als	119-206
Onrechtmatig beslag	893-918	Quasi-rechtssubject, gemeenschap als	185-206
- risicoaansprakelijkheid	896-904	Recht op daadwerkelijke executie rechterlijke uitspraak	655
- schuldaansprakelijkheid	905-906	Recht op eerbiediging persoonlijke levenssfeer	654
- verdelingsbeslagen	908-917	Recht op eerlijk proces	659-661
- verzuimde formaliteiten	900-904	Recht op gelijke behandeling	662-676
Onttrekking, indirecte	849-854	Rechtsgevolgen van beslag	843-892
Onverdeeldbare gemeenschappen zie verdelingsvordering, uitsluiting van		- beschikkingsbevoegdheid over aandelen	863
Onzijdig persoon	336-349	- bestuursbevoegdheid	864-866
Opheffing beslag		- bij verdelingsbeslag	857-866

VERDELINGSBESLAGEN

- blokkerende werking	856	- inhoud van de verdelings- overeenkomst	298-300
- in weerwil van beslag ver- richte handelingen	867-891	- meewerken aan verdeling	291-294
- verbod van onttrekking	845-855	- nietige	226, 264, 279-288
- verdeling van goed	861-862	- nietige verdeling	226, 264, 279-288
Reële executie van verdeling	412-421	- objectieve eisen aan	233-235
Samenloop	932-964	- partiële	404-411, 440-444
- met faillissement	957-964	- reële executie van	412-421
- prisma materiële recht	938	- subjectieve eisen aan	236-237
- processuele invulling	936-937	- transparantie van	215, 228, 268
- tussen twee verdelingsbesla- gen	932	- vormvoorschriften bij	225, 262, 295-297
- tussen verdelingsbeslag en ander beslag	933-956	- vrijwaring	227, 264- 267
Samenlopende vorderingsrechten	87	Verdeling, gelasten wijze van	271-275, 365-373
Schulden van de gemeenschap	53-93	Verdeling, partiële	404
- bestuur	57-59	- alternatieven voor	441-444
- gemeenschapsschuldeisers	54	- in kort geding	440
- gemeenschapsschulden, be- grip	54	- verzet tegen	404-411
- rechtskarakter	56	Verdeling, rechtskarakter van	238-278
- verbinden van goederen voor schulden	55-59	- (obligatoire) overeenkomst	247-249
zie ook verhaal		- eigen opvatting	261-278
Spoedeisend belang bij ophef- fing beslag	925	- goederenrechtelijke overeen- komst?	242-246
Strikte identiteit, beginsel van	53, 66	- goederenrechtelijke rechts- handeling?	241
Subjectieve eisen aan verdeling	236-237	- tussenopvattingen	250
Subsidiariteit van verdelingsvor- dering	392-396	Verdeling, vaststellen van de	271-275, 374
Transparantie van verdeling	215, 228, 268	- bevoegde rechter	428-433
<i>Ubi ius, ibi remedium</i> -beginsel	578, 579	- door arbitrage of bindend ad- vies	434-436
Uiteenlopende processtandpun- ten van de deelgenoten	175-180	- in kort geding	437-440
V.o.f. als procespartij	202-205	- norm	375-391
Verdeling		- te volgen procedure	422-427
- abstract?	232	Verdeling, vordering tot	329-335
- declaratief karakter (oud recht)	251	- arbitrage en bindend advies	434-436
- dwaling	226	- bevoegde rechter	428-433
- en beschikkingsbevoegdheid	279-288	- in kort geding	437-440
- goederenrechtelijke effectue- ring	412-421	- te volgen procedure	422-427
		Verdelingsvordering, uitsluiting van	301-325
		- Aard van de gemeenschap	305-306

TREFWOORDENREGISTER

- Bijzondere rechtsbetrekking	303, 304	Verknochte goederen	
- Contractueel	307-311	- begrip	519
- Op grond van redelijkheid en billijkheid	324-325	- ongewis verknochte goederen	537-538
- Rechterlijk	312-323	- onrechtmatig beslag?	911-915
Verhaal op gemeenschapsgoederen	60-79	- rechtsgevolgen	520
- verbonden krachtens machtiging	65-79	- vatbaar voor maritaal beslag?	521-530, 537-538
- verbonden krachtens volmacht	61-64	Verplichtingen, aan goederen verbonden	26-28
Verhaal op goed van ander dan schuldenaar	66-78	Vertegenwoordiging, passieve	15
Verhaal op privégoederen voor gemeenschapsschulden	88-94	Verzegeling	451-466
- op grond van machtiging	89	Volkomen overeenkomst uitwinbaarheid-schuldenaar	53, 66
- op grond van volmacht	90-94	Volmacht	14
Verhaalsbeslag op gemeenschapsonvennootschap	730-734	Vormverzuim bij beslag	900-904
Verhaalsbeslag op huwelijksgemeenschap	683-729	Vormvoorschriften bij verdeling	225, 262, 295-297
- Andere echtgenoot als derde-beslagene	724-729	Vrees voor verduistering	768, 770-784
- Positie andere echtgenoot	706-722	Waarderingsgeschillen	353-364
- Verzet door andere echtgenoot	707-722	Zaakwaarneming, procederen op basis van	133

RECHTSPRAAKREGISTER

Verwezen wordt naar randnummers

Comité voor de Rechten van de Mens van de VN

Comité voor de Rechten van de Mens van de VN 9 april 1987, RSV 1988, 201 (*Danning*) 676

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 23 juli 1968 (*Relating to certain aspects of the law on the use of languages in education in Belgium ('Belgische Taalzaak')*) 662
EHRM 7 december 1976 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*) 898
EHRM 13 juni 1979 (*Marckx/België*) 670, 672
EHRM 24 oktober 1986 (*Agosi/Verenigd Koninkrijk*) 898
EHRM 18 december 1986 (*Johnston/Ierland*) 654, 670
EHRM 28 oktober 1987 (*Inze/Oostenrijk*) 656
EHRM 23 oktober 1990 (*Darby/Zweden*) 669
EHRM 29 oktober 1991 (*Pine Valley Developments/Ierland*) 669
EHRM 22 februari 1994 (*Raimondo/Italië*) 898
EHRM 9 december 1994 (*James and others/Verenigd Koninkrijk*) 656
EHRM 23 februari 1995 (*Gasus Dosier- und Fördertechnik/Nederland*) 656
EHRM 5 mei 1995 (*Air Canada/Verenigd Koninkrijk*) 898
EHRM 25 september 1996 (*Aksoy/Turkije*) 656
EHRM 15 november 1996 (*Chahal/Verenigd Koninkrijk*) 658
EHRM 19 maart 1997 (*Hornsby/Griekenland*) 659, 660
EHRM 26 januari 1999 (*Saucedo Gómez/Spanje (niet-ontvankelijkheid)*) 654, 670, 671
EHRM 26 oktober 2000 (*Hasan and Chaush/Bulgarije*) 656
EHRM 29 januari 2002 (*A.B./Nederland*) 658
EHRM 25 juli 2002 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*) 656
EHRM 22 juni 2004 (*Broniowski/Polen*) 581
EHRM 7 april 2005 (*Jancikova/Oostenrijk*) 656
EHRM 24 oktober 2006 (*Edwards/Malta*) 898
EHRM 31 oktober 2006 (*Földes en Földesné Hajlik/Hongarije*) 898

Hof van justitie EG

Hof van Justitie EG 10 februari 1994, NJ 1994, 385 (*Mund & Fester/Hatrex*) 782

Benelux Gerechtshof

Ben-GH 17 december 1998, NJ 1999, 265 (*Van der Klooster en Beuzelin/Gent*) 168

Hoge Raad

HR 7 mei 1852, W. 1350 19
HR 19 april 1861, W. 2268 463
HR 3 juni 1870, W. 3228 (*Schrijnemaker/De Nederlandsche Bank*) 135
HR 14 april 1872, W. 3452 (*Smit/Zwolsman*) 906
HR 15 maart 1878, W. 4231 (*Maatschappij voor chemische industrie/Maatschappij tot houtbereiding tegen bederf*) 135

VERDELINGSBESLAGEN

HR 19 januari 1880, W. 447	797
HR 4 maart 1881, W. 4622 (<i>Schreinemaker/Pullinks</i>)	463
HR 21 oktober 1892, W. 6255 (<i>Van Andel/Snoek</i>)	597
HR 23 december 1892, W. 6287 (<i>Planteijdt</i>)	186
HR 28 juni 1901, W. 7622 (<i>Punt/Van Aalst</i>)	131
HR 20 januari 1905, W. 8173 (<i>Owtom/Stelling</i>)	186
HR 2 december 1910, W. 9110 (<i>Zuid-Limburgsche postduivenbond/Ackens</i>)	135
HR 9 januari 1914, NJ 1914, 368 (<i>Brasser/Bos</i>)	452, 463
HR 20 november 1914, NJ 1915, 148 (<i>Burgemeester van Amsterdam q.q./Hinlopen</i>)	186
HR 10 februari 1921, NJ 1921, 409 (<i>Brouwer/De Leeuw en Brouwer</i>)	187
HR 13 april 1923, NJ 1923, 835 (<i>Amsterdamsche huizenclub/Baarda</i>)	135
HR 18 maart 1926, NJ 1926, 465 (<i>Binnenlandse Vaart-Risico-Sociëteit/Van der Berg</i>)	133
HR 14 april 1927, NJ 1927, 725 (<i>De Eendracht</i>)	174
HR 1 december 1927, NJ 1928, 548 (<i>Nederlandsch-Indië/Van der Toorn</i>)	135
HR 29 juni 1928, NJ 1928, 1639 (<i>De Brey/Larsen</i>)	456
HR 30 januari 1929, NJ 1925, 391 (<i>Poolisch-Hollandsche Handelssociëteit/Staat</i>)	197
HR 27 december 1929, NJ 1930, 1433 (<i>Het Hoekhuis/Broeks</i>)	896
HR 15 mei 1930, NJ 1930, 1192 (<i>Onderlinge Brandwaarborg Mij/Van der Putten</i>)	135
HR 28 januari 1932, NJ 1932, 338 (<i>Heineken/Ontvanger</i>)	960
HR 2 april 1936, NJ 1936, 758 (<i>Fox/Dominium II</i>)	772
HR 6 april 1936, NJ 1936, 425 (<i>Simplexite</i>)	38, 185-187
HR 8 april 1937, NJ 1937, 640 (<i>Kersten/Mantel</i>)	186
HR 9 maart 1939, NJ 1939, 1012 (<i>Fesevur/Numan</i>)	339
HR 13 maart 1942, NJ 1942, 395 (<i>Nalatenschap Terwindt</i>)	338
HR 29 januari 1943, NJ 1943, 198 (<i>Sinis I/Schipper</i>)	135
HR 9 april 1943, NJ 1943, 346 (<i>Stoutjesdijk/Van der Slikke</i>)	289, 608
HR 18 juni 1943, NJ 1943, 511 (<i>Gemeente Doetinchem/Lieftink</i>)	170
HR 2 december 1943, NJ 1944, 23	47
HR 21 juni 1944, NJ 1944, 506 (<i>Poldermans/Lokker</i>)	176, 180
HR 28 juni 1946, NJ 1946, 547 (<i>Landman/Landman</i>)	332
HR 22 juli 1948, NJ 1948, 618	154
HR 2 november 1949, NJ 1950, 52	186
HR 2 december 1949, NJ 1950, 20	339, 416, 970
HR 4 mei 1951, NJ 1951, 525, <i>Ars Aequi</i> 1951, 9 (<i>Oelen/Te Pas</i>)	723, 728, 751
HR 21 november 1952, NJ 1953, 468 (<i>Erven Van Liempt/Van Rooy</i>)	172, 174
HR 13 maart 1953, NJ 1953, 569 (83 aandelen)	374
HR 26 november 1954, NJ 1955, 698 (<i>Lindeteves/Meilink</i>)	545
HR 4 mei 1956, NJ 1956, 304	135
HR 21 december 1956, NJ 1959, 180 (<i>Van Cleef/Van Sloun</i>)	178
HR (belastingkamer) 9 april 1958, NJ 1958, 331 (<i>Nijenhuis en Zonen</i>)	186, 187
HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (<i>Quint/Te Poel</i>)	584
HR 26 februari 1959, NJ 1959, 271 (<i>Witkam/Witkam</i>)	335
HR 18 december 1959, NJ 1960, 121 (<i>De Gouw/De Hamer</i>)	87, 92

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 8 december 1961, <i>NJ</i> 1962, 56	135
HR 15 december 1961, <i>NJ</i> 1962, 48 (<i>Naeije/Naeije</i>)	47
HR 5 januari 1962, <i>NJ</i> 1962, 141 (<i>Chu Pao Zay/Kervel</i>)	174
HR 31 mei 1963, <i>NJ</i> 1964, 10 (<i>Van der Looy/Van der Looy</i>)	257
HR 28 juni 1963, <i>NJ</i> 1963, 507 (<i>Adiudicatio</i>)	365
HR 13 december 1963, <i>NJ</i> 1964, 145 (<i>Agrippina/Faasse</i>)	176, 180
HR 17 januari 1964, <i>NJ</i> 1965, 126 (<i>Schellens/Schellens</i>)	257
HR 15 april 1965, <i>NJ</i> 1965, 331 (<i>Snel/Ter Steege</i>)	896
HR 23 december 1965, <i>NJ</i> 1967, 44 (<i>Hendriksen/Maatkamp</i>)	361, 362
HR 29 april 1966, <i>NJ</i> 1966, 301 (<i>Van Rijnberk/Van Houten</i>)	438
HR 17 november 1966, <i>NJ</i> 1968, 1 (<i>Huwelijk te Mannheim</i>)	619
HR 23 december 1966, <i>NJ</i> 1968, 37 (<i>Koster/Stijnen</i>)	856
HR 21 april 1967, <i>NJ</i> 1967, 278	339, 416
HR 27 april 1967, <i>NJ</i> 1967, 279	970
HR 6 oktober 1967, <i>NJ</i> 1969, 12 (<i>Gilles de Pelichy</i>)	365
HR 21 juni 1968, <i>NJ</i> 1968, 315 (<i>Damen/Rasenberg</i>)	174
HR 21 juni 1968, <i>NJ</i> 1968, 347 (<i>Rovac/Residentie Assurantie</i>)	154
HR 6 december 1968, <i>NJ</i> 1969, 111 (<i>Jansen/Van der Linden</i>)	148
HR 9 mei 1969, <i>NJ</i> 1969, 307 (<i>RLB/La Neuchateloise</i>)	87, 92
HR 14 november 1969, <i>NJ</i> 1970, 283 (<i>Turfschuur</i>)	117
HR 26 juni 1970, <i>NJ</i> 1972, 454	796, 802
HR 23 april 1971, <i>NJ</i> 1971, 380 (<i>Van Nieuwenhoven Helbach/De Leeuw</i>)	407
HR 3 december 1971, <i>NJ</i> 1972, 117 (<i>Hotel Jan Luyken</i>)	170
HR 3 december 1971, <i>NJ</i> 1972, 338	471
HR 10 januari 1974, <i>NJ</i> 1974, 282 (<i>Van Bekkum/Punt</i>)	421
HR 21 maart 1975, <i>NJ</i> 1976, 136	135
HR (strafkamer) 8 april 1975, <i>NJ</i> 1975, 297	847, 866
HR 2 mei 1975, <i>NJ</i> 1976, 273	389
HR 27 juni 1975, <i>NJ</i> 1976, 128 (<i>VAN/Popo</i>)	185, 202
HR 27 juni 1975, <i>NJ</i> 1976, 62 (<i>De Wit/Aldersma en Van der Made</i>)	174
HR 28 november 1975, <i>NJ</i> 1976, 466 (<i>Maastrichtse woning I</i>)	797
HR 2 april 1976, <i>NJ</i> 1977, 361 (<i>Perbo/Ontvanger</i>)	929
HR 25 juni 1976, <i>NJ</i> 1977, 127 (<i>Concordiastraat 15</i>)	4, 507, 584, 591, 616
HR 5 november 1976, <i>NJ</i> 1977, 586 (<i>Moret Gudde Brinkman</i>)	197, 198
HR 14 januari 1977, <i>NJ</i> 1977, 424 (<i>Asuncion Fishing Corporation</i>)	785
HR 7 oktober 1977, <i>NJ</i> 1978, 202	785
HR 16 december 1977, <i>NJ</i> 1978, 561 (<i>Hiep/Amro</i>)	74
HR 27 oktober 1978, <i>NJ</i> 1980, 102 (<i>Vierhout/Crosland Filters</i>)	152, 153
HR 26 januari 1979, <i>NJ</i> 1979, 452 (<i>Van de Waal's-Gravenhage</i>)	325
HR 26 januari 1979, <i>NJ</i> 1980, 19	298
HR 29 juni 1979, <i>NJ</i> 1980, 133 (<i>Hoogovens/Matex</i>)	43
HR 29 juni 1979, <i>NJ</i> 1980, 346 (<i>Odupon</i>)	67
HR 28 maart 1980, <i>NJ</i> 1980, 378	131
HR 9 mei 1980, <i>NJ</i> 1981, 283 (<i>Van Bakel/Roymans</i>)	387, 389, 513
HR 3 oktober 1980, <i>NJ</i> 1981, 60, <i>Ars Aequi</i> 1981, 83 (<i>Ontvanger/Schriks</i>)	960
HR 16 januari 1981, <i>NJ</i> 1981, 312 (<i>Katwijkse boedelscheiding</i>)	300

VERDELINGSBESLAGEN

HR 30 januari 1981, <i>NJ</i> 1982, 56 (<i>Baarns beslag</i>)	870
HR 22 mei 1981, <i>NJ</i> 1982, 59 (<i>Van der Gun/Farmex</i>)	200
HR 29 mei 1981, <i>NJ</i> 1982, 25 (<i>Ilgun/Turk</i>)	288
HR 25 juni 1982, <i>NJ</i> 1983, 780 (<i>Groenen/Homan en Nessmann</i>)	127, 182
HR 3 december 1982, <i>NJ</i> 1983, 400 (<i>Nationale Nederlanden/Timmermans</i>)	191
HR 24 december 1982, <i>NJ</i> 1983, 370 (<i>Schoonbrood/Schoonbrood</i>)	397
HR 14 januari 1983, <i>NJ</i> 1983, 267 (<i>Schuring/Sweelinck Conservatorium</i>)	70, 73
HR 22 april 1983, <i>NJ</i> 1984, 145 (<i>Ritzen/Hoekstra</i>)	708, 905
HR 21 oktober 1983, <i>NJ</i> 1984, 254 (<i>Zomerdijk/Cultuurtechnische Werken Goudsblom</i>)	19
HR 25 november 1983, <i>NJ</i> 1984, 297 (<i>Van der Peijl/De minister van Onderwijs en Wetenschappen</i>)	185
HR 27 april 1984, <i>NJ</i> 1984, 513 (<i>Ubachs/Schils</i>)	673
HR 11 mei 1984, <i>NJ</i> 1985, 374 (<i>Verhoeven/Peters</i>)	463
HR 11 mei 1984, <i>NJ</i> 1985, 67 (<i>Van Til/Huize Padua</i>)	200
HR 1 juni 1984, <i>NJ</i> 1985, 351	368
HR 12 april 1985, <i>NJ</i> 1985, 662 (<i>Luyten-Everaarts/SLP</i>)	127
HR 17 mei 1985, <i>NJ</i> 1986, 760 (<i>Curaçao/Boyé</i>)	117
HR 3 januari 1986, <i>NJ</i> 1987, 73 (<i>Antilliaans smartengeld</i>)	519, 913
HR 10 januari 1986, <i>NJ</i> 1987, 55 (<i>Van der Weij/Grasso-Drain</i>)	753, 802
HR 3 april 1987, <i>NJ</i> 1988, 276 (<i>Van der Meer/Verploegh</i>)	582
HR 9 september 1988, <i>NJ</i> 1989, 239 (<i>Van der Kammen</i>)	47
HR 28 oktober 1988, <i>NJ</i> 1989, 83 (<i>Bakridi/HBN</i>)	19
HR 23 december 1988, <i>NJ</i> 1989, 700 (<i>Invaliditeitspensioen</i>)	519, 520
HR (derde kamer) 3 mei 1989, <i>NJ</i> 1990, 103	214, 220
HR 12 mei 1989, <i>NJ</i> 1990, 130, <i>Ars Aequi</i> 1990, 104 (<i>Sigmacon I</i>)	850
HR 29 september 1989, <i>NJ</i> 1990, 307 (<i>Van Spijk/Stichting Beeldrecht</i>)	14, 25
HR 8 december 1989, <i>NJ</i> 1990, 192 (<i>Zavatta/Uggeri</i>)	79, 127
HR 8 december 1989, <i>NJ</i> 1990, 498 (<i>Engels/De Bever</i>)	138
HR 8 juni 1990, <i>NJ</i> 1990, 607 (<i>Gebr. Kruithof/Wittenberg</i>)	185, 186
HR 9 november 1990, <i>NJ</i> 1992, 213 (<i>Nahar/Cornes</i>)	404
HR 7 december 1990, <i>NJ</i> 1991, 593, <i>Ars Aequi</i> 1991, 679 (<i>Vermoorde bruid</i>)	364
HR 25 januari 1991, <i>NJ</i> 1992, 172 (<i>Van Berkel/Tribosa</i>)	596
HR 18 oktober 1991, <i>NJ</i> 1992, 4 (<i>De Telegraaf/Ranzijn</i>)	438, 929
HR 8 november 1991, <i>NJ</i> 1992, 34 (<i>Brasse/Merckelbagh</i>)	175, 194
HR 10 januari 1992, <i>NJ</i> 1992, 744 (<i>Ontvanger/NMB</i>)	596
HR 24 januari 1992, <i>NJ</i> 1992, 280 (<i>Van Aken/Heideman</i>)	28
HR 24 januari 1992, <i>NJ</i> 1992, 281 (<i>Van Beek/Jansen</i>)	28
HR 21 februari 1992, <i>NJ</i> 1992, 321 (<i>Van Gastel q.q./Elink-Schuurman q.q.</i>)	896, 899
HR 10 april 1992, <i>NJ</i> 1992, 447	404
HR 24 april 1992, <i>NJ</i> 1992, 461 (<i>Gaschereau/Sunresorts</i>)	148, 171
HR 11 september 1992, <i>NJ</i> 1992, 730 (<i>Caspers q.q./Rijpma q.q.</i>)	95, 191
HR 30 oktober 1992, <i>NJ</i> 1993, 4 (<i>Zegwaard/De Baat</i>)	905
HR 18 december 1992, <i>NJ</i> 1993, 571 (<i>Verbeeck/De Lint</i>)	481
HR 26 maart 1993, <i>NJ</i> 1993, 489 (<i>Clarijs/Van Goethem</i>)	157
HR 2 april 1993, <i>NJ</i> 1993, 573 (<i>NVPI/Snelleman</i>)	133
HR 23 april 1993, <i>NJ</i> 1993, 373 (<i>Verbeek/Vervat</i>)	127

HR 23 april 1993, <i>NJ</i> 1993, 505 (<i>Bruinsma/Morriën</i>)	924
HR 4 juni 1993, <i>NJ</i> 1993, 659 (<i>Vredo/Veenhuis</i>)	386
HR 1 juli 1993, <i>NJ</i> 1995, 53 (<i>Gemeente Den Haag/Van Schravendijk</i>)	200
HR 8 oktober 1993, <i>NJ</i> 1994, 508 (<i>Dogan/Staat</i>)	924
HR 22 oktober 1993, <i>NJ</i> 1994, 374 (<i>Staat/G.</i>)	158
HR 5 november 1993, <i>NJ</i> 1994, 154 (<i>De Wit/Van den Berg</i>)	905
HR 5 november 1993, <i>NJ</i> 1994, 640 (<i>Ontvanger/Bartering</i>)	582
HR 28 januari 1994, <i>NJ</i> 1994, 687	131
HR 18 februari 1994, <i>NJ</i> 1994, 376 (<i>Boon/Van der Laan</i>)	642
HR 18 februari 1994, <i>NJ</i> 1994, 606 (<i>Zoontjens/Kijlstra</i>)	831, 840
HR 18 maart 1994, <i>NJ</i> 1995, 410 (<i>Van Tholen/Nationale Nederlanden</i>)	148
HR 15 april 1994, <i>NJ</i> 1994, 628 (<i>Fakkert/Fakkert</i>)	300
HR 29 april 1994, <i>NJ</i> 1994, 488 (<i>Edelsyndicaat Nederland/Van Hout</i>)	408
HR 17 juni 1994, <i>NJ</i> 1994, 167, <i>Ars Aequi</i> 1995, 283 (<i>Rabobank/Sporting Connection</i>)	796
HR 2 december 1994, <i>NJ</i> 1995, 746 (<i>S.D.M./'s-Gravenhage</i>)	450, 845, 847
HR 16 december 1994, <i>NJ</i> 1995, 213 (<i>Kloes/Fransman</i>)	924
HR 13 januari 1995, <i>NJ</i> 1997, 366 (<i>Ontvanger/Bos</i>)	675, 895, 896
HR 20 januari 1995, <i>NJ</i> 1995, 413 (<i>Smokehouse/Culimer</i>)	339, 416, 929, 971
HR 24 februari 1995, <i>NJ</i> 1995, 468	280
HR (Strafkamer) 30 mei 1995, <i>NJ</i> 1995, 622 (<i>Indiana</i>)	508, 847
HR 23 juni 1995, <i>NJ</i> 1996, 566 (<i>FMN Holding/Prêt-à-Porter</i>)	378
HR (strafkamer) 24 oktober 1995, <i>NJ</i> 1997, 515	818
HR 27 oktober 1995, <i>NJ</i> 1998, 191 (<i>Dorrepaal q.q./Corsmit Groep</i>)	219, 243, 420
HR 24 november 1995, <i>NJ</i> 1996, 161 (<i>Tromp/Regency</i>)	905
HR 23 februari 1996, <i>NJ</i> 1996, 434 (<i>DKHB/KIVO</i>)	923, 930
HR 22 maart 1996, <i>NJ</i> 1996, 640 (<i>Gouden handdruk</i>)	519
HR 19 april 1996, <i>NJ</i> 1996, 727 (<i>Maclow/curatoren Van Schuppen</i>)	145
HR 3 mei 1996, <i>NJ</i> 1996, 473	596, 600
HR 28 juni 1996, <i>NJ</i> 1997, 495 (<i>De Nieuwe Woning/Staat</i>)	754
HR 6 september 1996, <i>NJ</i> 1997, 593	273
HR 17 januari 1997, <i>NJ</i> 1997, 483 (<i>Notariszoon</i>)	280, 496
HR 16 mei 1997, <i>NJ</i> 1998, 238 (<i>Helden-Dircks/Peters-Dircks</i>)	557
HR 23 mei 1997, <i>VR</i> 1997, 189 (<i>Twilhaar/Aegon</i>)	176, 180
HR 24 oktober 1997, <i>NJ</i> 1998, 693 (<i>Whiplash</i>)	519, 913
HR 24 oktober 1997, <i>NJ</i> 1999, 395	421
HR 21 november 1997, <i>NJ</i> 1999, 146 (<i>De Eendracht/Paul Häse</i>)	154
HR 19 december 1997, <i>NJ</i> 1998, 286	53, 117
HR 13 februari 1998, <i>NJ</i> 1998, 479 (<i>Van Berckel Smit/Kan</i>)	582, 583
HR 17 april 1998, <i>NJ</i> 1999, 550 (<i>J.v.Z./G.v.Z.</i>)	275, 356, 378, 381, 385, 386
HR 4 september 1998, <i>NJ</i> 1998, 850 (<i>Simons/Generale Bank</i>)	899
HR 11 september 1998, <i>NJ</i> 1999, 363 (<i>Duwboot Corviglia</i>)	788
HR 16 oktober 1998, <i>NJ</i> 1999, 7 (<i>Stichting Finkenburgh/Van Mansum</i>)	386
HR 23 oktober 1998, <i>NJ</i> 1999, 130 (<i>Bankrekening mevrouw Van Schoonhoven</i>)	683, 711, 749

VERDELINGSBESLAGEN

HR 30 oktober 1998, <i>NJ</i> 1999, 83 (<i>Van Gasteren/Beemster</i>)	348, 448
HR 12 februari 1999, <i>NJ</i> 1999, 365 (<i>Boedelnotaris mr. P</i>)	335
HR 12 februari 1999, <i>NJ</i> 1999, 551 (<i>R.C.R./M.L.J.K.</i>)	358
HR 26 februari 1999, <i>NJ</i> 1999, 717 (<i>Ajax/Reule</i>)	810
HR 21 mei 1999, <i>NJ</i> 2000, 291 (<i>Rinsma/Van Bakels Exploitatie Bedrijf</i>)	154, 157, 159
HR 28 mei 1999, <i>NJ</i> 2000, 290 (<i>Spektrum/Van der Valk</i>)	154, 156, 175
HR 1 oktober 1999, <i>NJ</i> 1999, 738 (<i>Lavos/Alifriqui</i>)	924
HR 5 november 1999, <i>NJ</i> 2000, 63	636, 642
HR 31 maart 2000, <i>NJ</i> 2000, 497 (<i>Klomp/NS</i>)	421
HR 7 april 2000, <i>NJ</i> 2000, 377 (<i>Omgangsregeling</i>)	424
HR 19 mei 2000, <i>NJ</i> 2000, 441 (<i>Waardering aandelen</i>)	361
HR 26 mei 2000, <i>NJ</i> 2001, 388, <i>Ars Aequi</i> 2001, 107 (<i>Aruba/Boeije</i>)	604, 930, 972
HR 14 juli 2000, <i>NJ</i> 2001, 685 (<i>Van de Mosselaar/X q.q.</i>)	870
HR 8 september 2000, <i>NJ</i> 2000, 604, <i>Ars Aequi</i> 2001, 578 (<i>Cento Nederland/Cento</i>)	38, 193, 194
HR 6 oktober 2000, <i>NJ</i> 2001, 147	355
HR 23 februari 2001, <i>NJ</i> 2001, 237 (<i>Gezagsregeling</i>)	424
HR 30 maart 2001, <i>NJ</i> 2002, 380 (<i>LISV/Grifhorst</i>)	110
HR 30 juni 2001, <i>NJ</i> 2001, 389	131
HR 5 oktober 2001, <i>NJ</i> 2002, 402 (<i>Testament Van der Vijver</i>)	159
HR 12 oktober 2001, <i>NJ</i> 2003, 534 (<i>Goodwill medische maatschap</i>)	373, 381
HR 19 oktober 2001, <i>NJ</i> 2002, 256 (<i>A/Ontvanger</i>)	899
HR 19 oktober 2001, <i>NJ</i> 257, 257 (<i>K/Ontvanger</i>)	899
HR 30 november 2001, <i>NJ</i> 2002, 419, <i>Ars Aequi</i> 2002, 276 (<i>De Jong/Carnifour</i>)	697
HR 14 december 2001, <i>NJ</i> 2002, 45 (<i>Van den Wildenberg/Van Leeuwen Systeembouw</i>)	582, 583
HR 21 december 2001, <i>NJ</i> 2002, 282	797
HR 25 januari 2002, <i>NJ</i> 2002, 119	785
HR 15 februari 2002, <i>NJ</i> 2002, 197, <i>Ars Aequi</i> 2003, 184 (<i>Beta-project</i>)	802
HR 1 maart 2002, <i>NJ</i> 2002, 172	785
HR 26 april 2002, <i>NJ</i> 2005, 180 (<i>Deutsche Hypothekenbank/De Liagre Böhl q.q.</i>)	19, 582
HR 3 mei 2002, <i>NJ</i> 2002, 393 (<i>Brandao/Joral</i>)	174
HR 21 juni 2002, <i>NJ</i> 2002, 420	439
HR 11 oktober 2002, <i>NJ</i> 2003, 399 (<i>Bull's Eye/Chrysler</i>)	498
HR 22 november 2002, <i>NJ</i> 2003, 32 (<i>Oberdorf/Linssen q.q.</i>)	541
HR 13 december 2002, <i>NJ</i> 2004, 212 (<i>Hitz/Theunissen</i>)	87, 94
HR 13 december 2002, <i>NJ</i> 2005, 139 (<i>Hoummada/Winterthur</i>)	154
HR 10 januari 2003, <i>NJ</i> 2003, 196 (<i>Van Bentum/Bos</i>)	145
HR 14 maart 2003, <i>NJ</i> 2003, 327 (<i>Hovuma/Spreeuwenberg</i>)	57, 92
HR 11 april 2003, <i>NJ</i> 2003, 440, <i>Ars Aequi</i> 2003, 773 (<i>Hoda/Mondi</i>)	896, 905, 906
HR 27 juni 2003, <i>NJ</i> 2003, 524, <i>Ars Aequi</i> 2004, 36 (<i>Zweedse bruid</i>)	364
HR 11 juli 2003, <i>NJ</i> 2003, 565 (<i>Cassatieschiftuur uit Zeist</i>)	785
HR 11 juli 2003, <i>NJ</i> 2004, 570 (<i>Van Kaam/Kantorengemeenschap</i>)	79, 94, 127, 708, 710, 711

HR 3 oktober 2003, <i>NJ</i> 2004, 557, <i>Ars Aequi</i> 2004, 127 (<i>Ontvan- ger/Heemhorst</i>)	569, 811
HR 24 oktober 2003, <i>JOL</i> 2003, 533	358
HR 5 december 2003, <i>NJ</i> 2004, 150	896, 905, 906
HR 5 december 2003, <i>NJ</i> 2005, 480	785
HR 13 februari 2004, <i>NJ</i> 2004, 653	364
HR 26 maart 2004, <i>NJ</i> 2004, 637 (<i>H./Jeugdzorg Zeeland</i>)	800
HR 9 april 2004, <i>NJ</i> 2004, 331 (<i>Agin/Lisbosan q.q.</i>)	557
HR 24 september 2004, <i>NJ</i> 2004, 672 (<i>Ligplaats</i>)	385
HR 15 oktober 2004, <i>NJ</i> 2005, 141 (<i>GTI Zwolle/Zürich Versicherungsgesell- schaft</i>)	324, 876
HR 29 oktober 2004, <i>NJ</i> 2004, 673 (<i>Tonnaer/Van Uden</i>)	219
HR 29 oktober 2004, <i>NJ</i> 2006, 203, <i>Ars Aequi</i> 2005, 846 (<i>Van den Bergh/Van der Walle</i>)	560, 572, 585, 697, 950
HR 19 november 2004, <i>NJ</i> 2006, 215 (<i>Bannenberg Advocaten/Polak q.q.</i>)	420
HR 26 november 2004, <i>NJ</i> 2005, 41 (<i>Haantjes/Damstra</i>)	19, 21
HR 14 januari 2005, <i>NJ</i> 2005, 481	785
HR 21 januari 2005, <i>NJ</i> 2006, 310, <i>Ars Aequi</i> 2005, 361 (<i>Ontvanger/De Vlaanderen</i>)	698
HR 4 februari 2005, <i>NJ</i> 2005, 422	131
HR 4 februari 2005, <i>NJ</i> 2006, 504 (<i>Homburg/Kremer en Smit</i>)	154
HR 11 februari 2005, <i>NJ</i> 2005, 143 (<i>X/Eigen Haard</i>)	785
HR 29 april 2005, <i>NJ</i> 2006, 479 (<i>James Town/Dynamo</i>)	176, 180
HR (Strafkamer) 31 mei 2005, <i>NJ</i> 2005, 531	671, 673
HR 3 juni 2005, <i>NJ</i> 2005, 286 (<i>Wijnand/Koblentz</i>)	387
HR 3 juni 2005, <i>NJ</i> 2007, 88 (<i>Onzijdige persoon mr. Ubbink</i>)	225, 346
HR 25 november 2005, <i>NJ</i> 2006, 148, <i>Ars Aequi</i> 2006, 112 (<i>Rohde Niel- sen/De Donge</i>)	927
HR 16 december 2005, <i>NJ</i> 2006, 7 (<i>Handtekening mr. Vijftigschild</i>)	785
HR 16 december 2005, <i>NJ</i> 2006, 9 (<i>Scientology/Spaink</i>)	831
HR 28 april 2006, <i>NJ</i> 2008, 165, <i>Ars Aequi</i> 2006, 621	226, 244
HR 30 juni 2006, <i>NJ</i> 2007, 483 (<i>Bijl/Van Baalen</i>)	538, 927
HR 3 november 2006, <i>RvdW</i> 2006, 1032 (<i>Letselschadevergoeding</i>)	519
HR 3 november 2006, <i>RvdW</i> 2006, 1034	519
HR 8 december 2006, <i>NJ</i> 2006, 660	355
HR 22 december 2006, <i>NJ</i> 2007, 173 (<i>Schmidt/Thunnissen</i>)	905
HR 19 januari 2007, <i>NJ</i> 2007, 62, <i>Ars Aequi</i> 2007, 515	280
HR 26 januari 2007, <i>NJ</i> 2007, 78 (<i>Van de Ven/Sleevers</i>)	117
HR 9 februari 2007, <i>NJ</i> 2007, 103 (<i>Wessex/Itera-Energy</i>)	931
HR 4 mei 2007, <i>NJ</i> 2007, 274 (<i>Maatschap Molenaar-Breedveld en Dingen- mans/Waterschap Brabantse Delta</i>)	154
HR 4 mei 2007, <i>NJ</i> 2008, 141 (<i>FWOS/Wagrowski</i>)	275
HR 13 juli 2007, <i>NJ</i> 2007, 409 (<i>Rijnja/Jonker</i>)	15
HR 23 november 2007, <i>NJ</i> 2007, 624	358
HR 8 februari 2008, <i>NJ</i> 2008, 92 (<i>Bruns/Golden Anchor Club</i>)	896
HR 15 februari 2008, <i>NJ</i> 2008, 275, <i>Ars Aequi</i> 2008, 442 (<i>Overbruggings- uitkering</i>)	519

VERDELINGSBESLAGEN

HR 5 september 2008, <i>RvdW</i> 2008, 801 (<i>Chipshol</i>)	930
HR 26 september 2008, <i>RvdW</i> 2008, 889, <i>Ars Aequi</i> 2008, 806	519
HR 28 november 2008, <i>RvdW</i> 2008, 1038	117
HR 19 december 2008, <i>LJN</i> BG1813 (<i>X/Leiden</i>)	15
HR 19 december 2008, <i>NJ</i> 2009, 26, <i>Ars Aequi</i> 2009, 116 (<i>X en Y/Ontvanger</i>)	110

Centrale Raad van Beroep

CRvB 13 november 1986, <i>AB</i> 1987, 456 (<i>Samenwonende militair</i>)	675
-----------------------------------------------------------------------------	-----

Gerechtshoven

Hof 's-Gravenhage 11 maart 1943, <i>NJ</i> 1943, 610	47
Hof Arnhem 11 november 1958, <i>NJ</i> 1959, 378	595
Hof Amsterdam 26 juni 1964, <i>NJ</i> 1971, 113	794
Hof 's-Gravenhage 22 december 1971, <i>NJ</i> 1972, 238	4
Hof 's-Gravenhage 28 maart 1973, <i>NJ</i> 1973, 317	434
Hof Amsterdam 7 mei 1974, <i>NJ</i> 1976, 8	337
Hof 's-Gravenhage 9 december 1987, <i>NIPR</i> 1988, 299	782
Hof Arnhem 8 mei 1990, <i>NJ</i> 1991, 135	531
Hof Leeuwarden 12 september 1990, <i>KG</i> 1990, 316	798
Hof Amsterdam 7 januari 1993, <i>KG</i> 1993, 101	411
Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 1994, <i>NJkort</i> 1994, 18	393
Hof Amsterdam 22 maart 1995, <i>NJ</i> 1998, 410	393
Hof Amsterdam 23 januari 2003, <i>NJkort</i> 2003, 32, <i>JBPr</i> 2003, 29	798, 790
Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2003, <i>NJF</i> 2004, 166	194
Hof Arnhem 28 oktober 2003, <i>LJN</i> AO4521	346
Hof 's-Hertogenbosch 11 november 2003, <i>JOR</i> 2004, 27	799
Hof 's-Hertogenbosch 11 november 2003, <i>JOR</i> 2004, 115	604
Hof Arnhem 27 april 2004, <i>NJF</i> 2004, 496, <i>JBPr</i> 2004, 57	813, 824
Hof Leeuwarden 30 november 2005, <i>LJN</i> AU8195	496
Hof Amsterdam 5 januari 2006, <i>LJN</i> AV2755	427
Hof 's-Gravenhage 2 maart 2006, <i>NJF</i> 2006, 343	775
Hof Arnhem 11 juni 2006, <i>JBPr</i> 2007, 10	870
Hof 's-Gravenhage 14 september 2006, <i>NJF</i> 2006, 534	773, 925
Hof 's-Hertogenbosch 14 november 2006, <i>LJN</i> BA0342	397
Hof 's-Gravenhage 20 december 2006, <i>LJN</i> AZ7345, <i>NJF</i> 2007, 131	476
Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2007, <i>JOR</i> 2007, 78, <i>IER</i> 2007, 50	775
Hof Amsterdam 31 januari 2008, <i>JBPr</i> 2008, 21	813

Rechtbanken

Rb. Zutphen 2 april 1840, <i>W.</i> 164	456
Rb. Almelo 29 september 1920, <i>W.</i> 10736	172
Rb. Haarlem 27 maart 1928, <i>W.</i> 11829	615
Rb. Roermond 13 juli 1989, <i>NJ</i> 1990, 556	847
Rb. Amsterdam 27 mei 1992, <i>NJkort</i> 1992, 50	409
Rb. Arnhem 26 juli 2004, <i>LJN</i> AR6528	290
Rb. Leeuwarden 10 november 2004, <i>LJN</i> AR5884, <i>NJF</i> 2005, 118	496

Rb. Zutphen 2 februari 2005, <i>LJN</i> AS4173	397
Rb. Haarlem 23 maart 2005, <i>LJN</i> AT1748	332
Rb. Haarlem 12 juli 2005, <i>LJN</i> AU0322, <i>RFR</i> 2005, 111	627
Rb. Rotterdam 22 maart 2006, <i>LJN</i> AV7605, <i>NJF</i> 2006, 583	92
Rb. Amsterdam 18 oktober 2006, <i>JBPr</i> 2007, 40	813
Rb. 's-Gravenhage 30 mei 2007, <i>LJN</i> BA6146	554
Rb. Dordrecht 18 juli 2007, <i>LJN</i> BB0219	97
Rb. Zutphen 15 augustus 2007, <i>LJN</i> BB5746	373

Voorzieningenrechters en presidenten

Pres. Rb. Amsterdam 4 september 1933, <i>NJ</i> 1933, 1543	615
Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 21 september 1972, <i>NJ</i> 1973, 72	4, 528
Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 1 juli 1974, <i>NJ</i> 1974, 537	4, 794
Pres. Rb. Middelburg 29 augustus 1988, <i>KG</i> 1988, 381	848
Pres. Rb. Zwolle 23 september 1992, <i>KG</i> 1992, 258	442
Pres. Rb. Alkmaar 14 januari 1993, <i>NJ</i> 1994, 20	526
Pres. Rb. 's-Gravenhage 20 mei 1994, <i>KG</i> 1994, 196	847
Pres. Rb. Amsterdam 5 januari 1995, <i>IER</i> 1995, 21	847
Pres. Rb. Amsterdam 28 november 1997, <i>KG</i> 1998, 19	798
Pres. Rb. Utrecht 27 april 2000, <i>KG</i> 2000, 145	715
Pres. Rb. Rotterdam 25 mei 2000, <i>KG</i> 2000, 161	925
Pres. Rb. Utrecht 30 november 2000, <i>KG</i> 2000, 37	411
Pres. Rb. Alkmaar 11 januari 2001, <i>KG</i> 2001, 47	439
Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 13 maart 2001, <i>LJN</i> AB0664	929
Pres. Rb. Arnhem 24 augustus 2001, <i>LJN</i> AC2460	929
Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 10 september 2002, <i>KG</i> 2003, 25	929
Vzr. Rb. Utrecht 25 februari 2003, <i>JOR</i> 2004, 21	929
Vzr. Rb. Haarlem 22 april 2003, <i>JBPr</i> 2003, 65	813
Vzr. Rb. Dordrecht 24 februari 2005, <i>LJN</i> AS8707	925
Vzr. Rb. Maastricht 29 juli 2005, <i>NJF</i> 2005, 348, <i>JBPr</i> 2006, 27	924
Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 1 december 2005, <i>LJN</i> AU7315	925
Vzr. Rb. Groningen 13 januari 2006, <i>LJN</i> AV3691	475
Vzr. Rb. Dordrecht 17 februari 2006, <i>LJN</i> AV2006	925
Vzr. Rb. Almelo 1 maart 2006, <i>LJN</i> AV3149	925
Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 23 maart 2006, <i>NJF</i> 2006, 267	925
Vzr. Rb. Leeuwarden 17 januari 2007, <i>LJN</i> AZ6448	925
Vzr. Rb. Haarlem 19 januari 2007, <i>NJF</i> 2007, 112	927
Vzr. Rb. Arnhem 3 mei 2007, <i>LJN</i> BA6830	925
Vzr. Rb. Arnhem 24 mei 2007, <i>LJN</i> BA6837	531

Kantonrechters

Ktr. Amsterdam 9 november 1950, <i>NJ</i> 1951, 431	180
Ktr. Amsterdam 16 mei 1956, <i>NJ</i> 1957, 56	451

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Van Acht 1990

R.J.J. van Acht, *Burenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990.

Asser 1999

W.D.H. Asser, 'Partij-vertegenwoordigers in het civiele proces. Over wettelijke vertegenwoordigers, gevolmachtigden, deelgenoten en de cessionaris ter incasso', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 487-503.

Barkhuysen & Van Emmerik 2005

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het Straatsburgse perspectief', in: *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2005.

Beekhoven van den Boezem 2003

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.

Beekhoven van den Boezem 2005

M.B. Beekhoven van den Boezem, 'Rechtstreeks in de tweede graad? Artikel 475 Rv nader belicht', *WPNR* 2005 (6614), p. 215-223.

Beekhoven van den Boezem 2006

M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Beijer & Tuil 2003

F.M. Beijer & M.L. Tuil, 'Omzetting stil pand in vuistpand', *NbBW* 2003, p. 191-195.

Van de Beld 2004

I. van de Beld, 'Een update van het maritaal beslag?', *Executief* 2004 (7/8), p. 106-109.

Beukers 1994

Y.E.M. Beukers, *Eenmaal andermaal? Beschouwingen over het gezag van gewijsde en ne bis in idem in het burgerlijk procesrecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

K. Blankman 2004

K. Blankman, 'Meerderjarigen- en voogdijbewind', in: F.W.J.M. Schols e.a. (red.), *Bewind en aan bewind verwante personen* (Preadvies KNB), Lelystad: Koninklijke Vermande 2004, p. 73-103.

Blei Weissmann 2007

Blei Weissmann, 'Aantekeningen bij art. 6:226 BW', in: E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht* (losb.), Deventer: Kluwer 2007.

Blomkwist 2002

J.W.H. Blomkwist, 'Beslag op kredietruimte?', *WPNR* 2002 (6498), p. 534-537.

Boekman 1996

S. Boekman, *De verzoekschriftprocedure*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

De Boer 2002

J. de Boer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002.

De Boer 1994

M.B. de Boer, *Gerechtelijke bewaring*, Deventer: Kluwer 1994.

De Boer 2001

M.B. de Boer, 'Geschillenbewind', in: H. Oudelaar (red.), *Vademecum burgerlijk procesrecht. Executie en beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 657-691.

Van Boom 1994

W.H. van Boom, 'Reactie op P. Smits', *WPNR* 1994 (6161), p. 865-866.

Bosch-Boesjes 2008

J.E. Bosch-Boesjes, 'Aantekeningen bij art. 853 e.v Rv', in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Tekst en commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2008.

Breederveld 1993

B. Breederveld, 'De nevenvoorziening boedelscheiding', *Advocatenblad* 1993, p. 522-524.

Breederveld 2001

B. Breederveld, 'Verdeling en kort geding', *FJR* 2001, p. 236-244.

Broekveldt 2003

L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

De Bruijn & Kraan 1992

A.R. de Bruijn & C.A. Kraan, *De notariële akte als executoriale titel*, Deventer: Kluwer 1992.

Van der Burght & Doek 2002

G. van der Burght & J.E. Doek, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Van der Burght & Ebben 2004

G. van der Burght & E.W.J. Ebben, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Parl. Gesch. Inv. Boek 4

G. van der Burght, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoeringswet boek 4. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Cleveringa 1939-1940

R.P. Cleveringa, 'Formele partijen', *RM Themis* 1939-1940, p. 381-398 en p. 3-45.

Cleveringa 1972

R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

Cromheecke & Staelens 2004

M. Cromheecke & V. Staelens, 'Artikel 13. Recht op daadwerkelijke rechtshulp', in: J. vande Lanotte en Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 75-126.

Van Daal 2008

G.C. van Daal, *Executoriaal en conservatoir verhaalsbeslag op aandelen in kapitaalvennootschappen en op certificaten daarvan* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Van Dam, Mijnsen & Van Velten 2002

C.C. van Dam, F.H.J. Mijnsen & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Doek 2008

J.E. Doek, 'Aantekeningen bij art. 827 Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2008.

Enschedé 1976

E.M. Enschedé, 'De actie ter behartiging van groeps- en algemene belangen in de civiele procedure', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976, p. 139-181.

Faber 2005

N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

Falkena 2001

F.B. Falkena, 'Conservatoire beslagen tot afgifte van zaken en levering van goederen', in: H. Oudelaar (red.), *Vademecum burgerlijk procesrecht. Executie en beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 565-580.

Falkena 2008

F.B. Falkena, Modellen voor de rechtspraktijk, <www.modelleervoorderechtspraktijk.nl>.

Van der Feltz 1896

G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslaging enz.*, Haarlem: De erven F. Bohn 1896.

De Folter 1996

M.O.J. de Folter, 'Artikel 12a BRv: de geruisloze entree van een controversiële wetsbepaling', *WPNR* 1996 (6216), p. 201-205.

De Folter 2001

M.O.J. de Folter, *Gedwongen tussenkomst* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Frenk 1994

N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994.

Gieske 2008

A.J. Gieske, 'Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering', in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Aantekeningen bij art. 430 e.v. Rv*, 2008.

Goedertier 2004

G. Goedertier, 'Verbod van discriminatie', in: J. vande Lanotte en Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar*, Antwerpen: Intersentia 2004.

Van der Grinten 1960

W.C.L. van der Grinten, 'De titel "Gemeenschap"', *RM Themis* 1960, p. 119-159.

Van der Grinten 1984

W.C.L. van der Grinten, 'Scheiding en deling van de gemeenschap naar geldend en komend recht', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Een Kapitein Twee schepen* (Luijten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 143-152.

Van der Grinten & Kortmann 1990

W.C.L. van der Grinten & S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. De vertegenwoordiging en de rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Groefsema 1993

L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

Ten Haaft 2003

H.M. ten Haaft, 'Kroniek eerste aanleg', *TCR* 2003, p. 75-78.

Haardt 1971

W.L. Haardt, *Onsplitsbaarheid* (Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het Recht van België en Nederland), Zwolle: Tjeenk Willink 1971.

Haeck 2004

Y. Haeck, 'Recht op bescherming van de eigendom', in: J. vande Lanotte en Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 295-397.

Halkema 1936

J.H. Halkema, *De procespartij in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1936.

Harreman 2007

M.M.L. Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Hartkamp 1999

A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1999.

Hartkamp 2004a

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2004.

Hartkamp 2004b

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.

Hartkamp 2006

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.

Hartkamp & Sieburgh 2008

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2008.

Hartkamp & Snijders 1983

A.S. Hartkamp & W. Snijders, 'Het nieuw BW en ongehuwd samenwonenden', in: W. Breenhaar en T.R. Hidma (red.), *Samenleven samenwerken*, Deventer: Kluwer 1983, p. 135-153.

Hartogh & Cosman 1897

A.F.K. Hartogh & C.A. Cosman, *De wet van 7 juli 1896 (Stbl. No 103) Tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Toegelicht door Mr A.F.K. Hartogh en Mr C.A. Cosman*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1897.

Heemskerk 1972

W.H. Heemskerk, *De eis in reconventie* (diss. Leiden), Den Haag: Vulga-boekerij 1972.

Heemskerk 1974

W.H. Heemskerk, *Vorderingsrecht en rechtsvordering* (oratie VU), Deventer: Kluwer 1974.

Heemskerk 2006

W.H. Heemskerk, *Mr. W. Hugenholtz Hoofddijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2006.

Van Hees 1999

J.J. van Hees, 'Noot bij HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 130', *JOR* 1999 (47), p.

Van Hemel 1998

W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in de gemeenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

Hermans & Stille 1998a

H.G. Hermans & A.L.G.A. Stille, 'Eerst verdelen zonder rechter', *NJB* 1998a (24), p. 1063-1066.

Hermans & Stille 1998b

H.G. Hermans & A.L.G.A. Stille, 'Naschrift', *NJB* 1998b (29), p. 1310.

Hidma 2008

T.R. Hidma, 'Aantekeningen bij art. 658-680', in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Tekst en commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2008.

Hijma 1988

J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

Van den Honert Thz 1839

J. van den Honert Thz, *Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam: Van der Vinne 1839.

Hugenholtz 1937

W. Hugenholtz, *Maritaal Beslag* (diss. Leiden), Leiden: E.J. Brill 1937.

Huijgen 2007

W.G. Huijgen, 'Ouderlijke boedelverdeling met toedeling van recht van vruchtgebruik nietig', *WPNR* 2007 (6740), p. 94-96.

Huydecoper 2006

J.L.R.A. Huydecoper, 'Beslaan wij maar raak?', in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvariëties*, Deventer: Kluwer 2006, p. 15-28.

Jansen 1990

F.M.J. Jansen, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Jansen 2007

I. Jansen, 'Aantekeningen bij art. 1:439 BW', in: S.F.M. Wortmann (red.), *Personen- en familierecht* (losb.), Deventer: Kluwer 2007.

Janssen 2004

M.A.J.G. Janssen, 'Wat is precies een "eis in de hoofdzaak"', *Advocatenblad* 2004, p. 700-704.

Jongbloed 2003

A.W. Jongbloed, *Bijzondere beslagen* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 2003.

Jongbloed 2005

Jongbloed, 'Aantekeningen bij art. 768 e.v. Rv', in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), Deventer: Kluwer 2005.

Jongbloed 2008

A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Kamphuisen 1960

P.W. Kamphuisen, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960.

Kasdorp 2005

J.E. Kasdorp, in: W.G. Huijgen e.a. (red.), *Compendium Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Keijser 2003

J.A.M.P. Keijser, *Handleiding bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2003.

Kleijn 1969

W.M. Kleijn, *De boedelscheiding* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1969.

Kleijn 1970

W.M. Kleijn, *Quod licet non domino, non licet condomino* (oratie Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1970.

Kleijn 1973

W.M. Kleijn, 'De gemeenschap', *WPNR* 1973 (5213/5214), p. 167-171/179-184.

Knigge 1998

A. Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding. Een onderzoek naar de rechtsingang van de civiele procedure ten overstaan van de Nederlandse rechter en naar het ius standi in iudicio* (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

De Knijff 2007

D.M. de Knijff, 'Kroniek van het beslag en executierecht', *TCR* 2007 (3), p. 82-86.

Kolkman 2006

W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Van Koppen 1998

F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998.

Korthals Altes & Groen 2005

E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Asser Procesrecht. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005.

Kortmann 1994

S.C.J.J. Kortmann, 'Inning van vorderingen door de lasthebber in eigen naam', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB* (Brunner-Bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 217-225.

Kortmann 2004

S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004.

Kraan 1994

C.A. Kraan, 'Is in geval van echtscheiding beslag op pensioenrechten mogelijk?', *WPNR* 1994 (6138), p. 389-391.

Kraan 1999

C.A. Kraan, 'Verhaal op een gemeenschapsgoed', *EB* 1999 (2), p. 8-9.

Van der Kwaak 1990

D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990.

Van der Kwaak 2004

D.J. van der Kwaak, 'De plaats van het beslag op kredietruimte in ons recht', *TvI* 2004, p. 132-141.

Lammers 2007

H.H. Lammers, 'Aantekeningen bij art. 3:166-200 BW', in: Jac. Hijma en W.M. Kleijn (red.), *Vermogensrecht* (losb.), Deventer: Kluwer 2007.

Van der Lee 1997

J. van der Lee, *Maritaal beslag*, Deventer: Kluwer 1997.

Loenen 1994

M. Loenen, 'Mensenrechtelijke aspecten van de leefvormenproblematiek (I en II)', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 207-227 en 315-331.

Lokin 1983

J.H.A. Lokin, 'De vordering tot levering ener ondeelbare zaak die aan meerdere erfenamen toevalt', in: W. Breemhaar en T.R. Hidma (red.), *Samenleven samenwerken. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.C. Henriquez ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1983, p. 207-222.

Luijten 1993

E.A.A. Luijten, 'Declaratief of translatief? Het rechtskarakter van de verdeling na invoering van het nieuwe vermogensrecht', *WPNR* 1993 (6075 en 6076), p. 14-16 en 16-38.

Luijten & Meijer 2005

E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Eerste gedeelte. Huwelijks-goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Luijten & Meijer 2008

E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Tweede gedeelte. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Maeijer 1995

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1995.

Maeijer 1997

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1997.

Meijer 1986

W.R. Meijer, *Kiezen of delen. Enkele beschouwingen over de boedelscheiding* (oratie Open Universiteit), Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1986.

Meijer 2002

W.R. Meijer, 'Verdeeldheid rond de verdeling', *FJR* 2002, p. 38-43.

Meijer 2004

W.R. Meijer, *De afwikkeling van een huwelijksgemeenschap*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004.

Meijers 1916

E.M. Meijers, 'Rechtsvraag', *WPNR* 1916 (2377), p. 360.

Meijers 1935

E.M. Meijers, 'Beantwoording rechtsvraag VI', *WPNR* 1935 (3395), p. 33.

Mellema-Kranenburg 2004

T.J. Mellema-Kranenburg, 'Aantekening bij art. 3:185', in: J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Mierlo 1995

A.I.M. van Mierlo, 'Aantekeningen bij art. 730-737 Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 1995.

Van Mierlo 1996

A.I.M. van Mierlo, 'Aantekeningen bij art. 770 Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 1996.

Van Mierlo 1999

A.I.M. van Mierlo, 'Eis in de hoofdzaak bij beslag', *WPNR* 1999 (6373), p. 725-726.

Van Mierlo 2002

A.I.M. van Mierlo, 'Aantekeningen bij art. 768 e.v. Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2002.

Van Mierlo 2004a

A.I.M. van Mierlo, 'Aantekeningen bij art. 430 Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2004.

Van Mierlo 2004b

A.I.M. van Mierlo, 'Aantekeningen bij art. 585-600 Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2004.

Van Mierlo 2005a

A.I.M. van Mierlo, 'Aantekeningen bij art. 438 Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2005.

Van Mierlo 2005b

A.I.M. van Mierlo, 'Aantekeningen bij art. 700 Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2005.

Van Mierlo 2006a

A.I.M. van Mierlo, 'Aantekeningen bij art. 455 Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2006.

Van Mierlo 2006b

A.I.M. van Mierlo, 'Inleidende aantekeningen op het conservatoir beslagrecht', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2006.

Van Mierlo 2006c

A.I.M. van Mierlo, 'Inleidende aantekeningen op het executie- en beslagrecht (art. 430 e.v. Rv)', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2006.

Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003

A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2003.

Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003

A.I.M. van Mierlo, F.H.J. Mijnsen & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Mijnsen 2003

F.H.J. Mijnsen, *Materieel beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Mijnsen & De Haan 2001

F.H.J. Mijnsen & P. de Haan, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Mijnsen, Ploeger & Van Dam 2006

F.H.J. Mijnsen, H.D. Ploeger & C.C. van Dam, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Mohr 1998

A.L. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Gouda Quint 1998.

Molenaar 1982

F. Molenaar, 'De boedelscheiding in het huidige en komende recht', *WPNR* 1982, p. 241-246.

Van Mourik 1991

M.J.A. van Mourik, 'Boedelscheiding zonder levering', *WPNR* 1991 (6030), p. 890-892.

Van Mourik 2001

M.J.A. van Mourik, *Gemeenschap* (Monografieën Nieuw BW), Deventer: Kluwer 2001.

Van Mourik 2004

M.J.A. van Mourik, *Nieuw erfrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Mourik 2006a

M.J.A. van Mourik, *Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Mourik 2006b

M.J.A. van Mourik, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Mourik 2008

M.J.A. van Mourik, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Mourik & Verstappen 2006

M.J.A. van Mourik & L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2006.

Nijenhuis 2007

J. Nijenhuis, 'Beslag tot afgifte (boekbespreking)', *Executief* 2007 (11), p. 150.

Nuytinck 1987

A.J.M. Nuytinck, *Bevoegdheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987.

Nuytinck 1989

A.J.M. Nuytinck, 'De Hoge Raad en de huwelijksgemeenschap. Een aantekening bij HR 9 september 1988, NJ 1989, 239, m.o. Kleijn', *WPNR* 1989 (5925), p. 445-446.

Nuytinck 1990

A.J.M. Nuytinck, 'Naschrift (Reactie op P.W. van der Ploeg, "De ouderlijke boedelverdeling op de langstlevende van de in algehele gemeenschap gehuwde echtgenoten en HR 9 september 1988, NJ 1989, 239", *WPNR* 1990 (5945))"', *WPNR* 1990 (5945), p. 42-43.

Nuytinck 2006

A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Oosten 2004

A.P. van Oosten, 'Vrezen voor vrees voor verduistering', *Advocatenblad* 2004, p. 438-443.

Ortelee 1998

I.L. Ortelee, 'Boedelverdeling en Notaris', *NJB* 1998 (29), p. 1310.

Oudelaar 1992

H. Oudelaar, *Civielrechtelijke executiegeschillen* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Oudelaar 1995

H. Oudelaar, *Recht halen. Inleiding in het executie- en beslagrecht*, Deventer: Kluwer 1995.

Oudelaar 2000

H. Oudelaar, *Recht halen. Inleiding in het executie- en beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2000.

Oudelaar 2001

H. Oudelaar, 'Inleiding en algemene opmerkingen', in: H. Oudelaar (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht. Executie en beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 3-87.

Oudelaar 2002

H. Oudelaar, 'Kroniek executie/bewarende maatregelen', *TCR* 2002, p. 110-115.

Oudelaar 2003

H. Oudelaar, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Van Oven 2001

J.C. van Oven, 'Verhaal op goederen die geen registergoederen zijn', in: H. Oudelaar (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht. Executie en beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 195-191.

Parl. Gesch. Boek 1

C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 1962.

Parl. Gesch. Boek 3

C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrechten in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 5

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten Vermogensrechten in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981b.

Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht

A.I.M. van Mierlo & F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002.

Parl. Gesch. Inv. Boek 1

C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoeringswet boek 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 1969.

Parl. Gesch. Inv. Boek 3

W.H.M. Reehuis, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrechten in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Inv. Boek 7

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten Titel 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w.

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, de wet op de rechtelijke organisatie en de faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992.

Pannevis 2008

M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Perrick 1986

S. Perrick, *Gemeenschap, schuldeisers en verdeling. Beschouwingen over titel 3.7 van het nieuwe BW* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Perrick 1996

S. Perrick, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Erfrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 1996.

Perrick 2002

S. Perrick, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2002.

Perrick 2004

S. Perrick, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2004.

Perrick 2007

S. Perrick, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Goederenrecht. Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2007.

Pleysier 1996-1997

A.J.H. Pleysier, 'Vergelijking tussen de transportakte en de verdelingsakte (deel 1 tot en met 8)', *De notarisklerk* 1996-1997, p. 133-137, 152-155, 170-172, 189-191, 205-207, 5-9, 27-30 en 53-54.

Van der Ploeg 1959

P.W. van der Ploeg, 'Beantwoording rechtsvraag', *WPNR* 1959, p. 21.

Van der Ploeg 1988

P.W. van der Ploeg, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Van der Ploeg 1990

P.W. van der Ploeg, 'De ouderlijke boedelverdeling op de langstlevende van de in algehele gemeenschap gehuwde echtgenoten en HR 9 september 1988, NJ 1989, 239. Reactie op het artikel van mr. A.J.M. Nuytinck in WPNR (1989) 5925', *WPNR* 1990 (5945), p. 41-42.

Ploeger 2005

H.D. Ploeger, 'Het nationale civielrechtelijke perspectief', in: *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2005.

Polak 1958

J.M. Polak, 'Landbouw en erfrecht', *WPNR* 1958 (4547), p. 333-339.

Ras 1968

H.E. Ras, 'Zaakwaarneming naar Nederlands recht', in: *Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968.

Reehuis & Heisterkamp 2006

W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Reinhartz 2004

B.E. Reinhartz, 'Kan het kwaad als een mede-erfgenaam jaren stilzit en geen verdeling vordert?', *Nieuw Erfrecht* 2004 (2), p. 34-35.

Reinhartz 2008

B.E. Reinhartz, 'Aantekeningen bij art. 1:94 BW', in: S.F.M. Wortmann (red.), *Personen- en familierecht* (losb.), Deventer: Kluwer 2008.

Rodrigues 1988

P.R. Rodrigues, 'Procesrecht en collectief actierecht. Procesrechtelijke obstakels of rechtspolitieke hindernissen?', in: M.B.W. Biesheuvel e.a. (red.), *Verdediging van collectieve belangen via de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 14-48.

Van Rossum 1990

A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990.

Van Rossum 1995

A.A. van Rossum, *Uitvoerbaarheid bij voorraad van rechterlijke beslissingen*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Rueb 1991

A.S. Rueb, 'De nieuwe wijze van procederen in huurzaken', *Woonrecht* 1991, p. 186-192.

Rueb 2005

A.S. Rueb, *Mr. P.A. Steins Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

De Ruiter 1963

J. de Ruiter, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het Ontwerp-Burgerlijk Wetboek* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.

Rutgers 1993

G.R. Rutgers, *Herziening scheidingsprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1993.

Rutgers 2002

G.R. Rutgers, 'Aantekeningen bij art. 853 e.v. Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2002.

Rutten 1972

L.E.H. Rutten, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: De erven F. Bohn 1972.

Schaafsma-Beversluis & Keijser 1995

E.L. Schaafsma-Beversluis & J.A.M.P. Keijser, *Het nieuwe personen- en familieprocesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Van Schaick 1998

A.C. van Schaick, 'De gemeenschap en haar problemen', *NTBR* 1998 (7), p. 211-218.

Van Schaick 2003

A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen van bezit en houderschap*, Deventer: Kluwer 2003.

Schoordijk 1983

H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom, gemeenschap en rechtspersoonlijkheid. Een studie naar aanleiding van de gemeenschapstitel - 3.7 - van het nieuw B.W.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

Schrama 2004

W.M. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004.

Schrama 2005

W.M. Schrama, 'Vermogensrechtelijke aspecten van de niet-huwelijkse samenleving', in: C. Forder en A. Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen - Groningen: Intersentia 2005.

Schut 1981

G.H.A. Schut, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Koop en ruil*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Slagter 2005

W.J. Slagter, 'De aansprakelijkheid en aanspraken van de vennoten jegens derden', in: W.J. Slagter (red.), *Personenassociaties* (losb), Deventer: Kluwer 2005.

Slagter 2006

W.J. Slagter, 'De externe betrekkingen van de vennootschap onder firma', in: W.J. Slagter (red.), *Personenassociaties* (losb), Deventer: Kluwer 2006.

Slagter & Grapperhaus 2007

W.J. Slagter & J.J.M. Grapperhaus, 'De cv in proces', in: W.J. Slagter (red.), *Personenassociaties* (losb), Kluwer: Deventer 2007.

Smit 2001

J.P. Smit, 'Gerechtigde bewaring', in: H. Oudelaar (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 621-656.

Smits 1962

P.R. Smits, 'Zaakwaarneming in het burgerlijk geding', *NJB* 1962, p. 197-202.

Smits 1969

P.R. Smits, *De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1969.

Snijders 1992

H.J. Snijders, 'Vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten mede in verband met faillissement en surséance van betaling', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het Nieuw BW in functie (BW-krant jaarboek 1992)*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Snijders 2001

H.J. Snijders, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Snijders 2003

H.J. Snijders, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2003.

Snijders, Klaassen & Meijer 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Stein 1990

H. Stein, *Reële executie*, Deventer: Kluwer 1990.

Stein 1995

H. Stein, 'Maritaal beslag: het blijft tobben', *Advocatenblad* 1995, p. 342-343.

Stein 2002

H.A. Stein, *Goed beslagen*, Deventer: Kluwer 2002.

Stille 1998

A.L.G.A. Stille, 'Boedelscheiding: door partijen of rechter?', *JBN* 1998, p. 3-5.

Stille 2007

A.L.G.A. Stille, 'Aantekeningen bij art. 1:81 BW', in: S.F.M. Wortmann (red.), *Personen- en familierecht* (losb.), Deventer: Kluwer 2007.

Suijling 1940

J.P. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5e stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn 1940.

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Verburgh 1975

M.J.P. Verburgh, *Privaatrecht en kollektief belang*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975.

Verdaas 2002

A.J. Verdaas, 'Beslag op kredietruimte: 'De wil is oneindig, de bevrediging beperkt.', *TvI* 2002, p. 32-38.

Verstappen 1996

L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996.

Vlas 1991

P. Vlas, 'De nieuwe procesrechtelijke bepalingen inzakeboedelbeschrijving en verdeling van een gemeenschap', *WPNR* 1991, p. 441-445.

Vlas 2003

P. Vlas, 'Aantekeningen bij art. 658-680 Rv', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2003.

Voorduin 1838

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal; uit oorspronkelijke, grotendeels onuitgegeven staatstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen. IV. deel. Burgerlijk Wetboek art. 877-1268*, Utrecht: Robert Natan, Akademie-boekhandelaar 1838.

Voûte 2002

P.C. Voûte, 'De rekening-courant, haar functie in het betalingsverkeer en de mogelijkheid tot derdenbeslag', *WPNR* 2002 (6498), p. 527-533.

Vriesendorp 2001

R.D. Vriesendorp, 'Beslag op overeengekomen kredietruimte', *WPNR* 2001 (6455), p. 719-721.

Wammes 1988

H. Wammes, *De gemeenschap naar komend recht. Enige beschouwingen over de afdelingen 3.7.1 en 3.7.2 NBW* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988.

Wiersma 1952

K. Wiersma, *Het Rechtsmiddel van verzet van derden* (diss. Leiden), Leiden: Universitaire pers Leiden 1952.

Willems 1977

J.H.M. Willems, 'Maritaal beslag na echtscheiding', *WPNR* 1977 (5347), p. 37-39.

Winters 1997

B. Winters, 'Derden in de dagvaardingsprocedure', *TCR* 1997 (4), p. 78-83.

Ynzonides 2001

M. Ynzonides, 'Algemene regels betreffende conservatoire en executoriale beslagen', in: H. Oudelaar (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht. Executie en Beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Van Zanten 2005

M.R. van Zanten, 'Eis in de hoofdzaak bij beslag: recente ontwikkelingen', *WPNR* 2005 (6612), p. 180-189.

Zwalve 1984

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over de scheiding en deling van nalatenschappen bij onderling goedvinden in het Justiniaanse, het hedendaagse en het toekomstige recht', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1984, p. 83-120.

Zwemmer 2005

J.W. Zwemmer, 'Interne aansprakelijkheid van de vennoten', in: W.J. Slagter (red.), *Persoonassociaties* (losb), Deventer: Kluwer 2005.